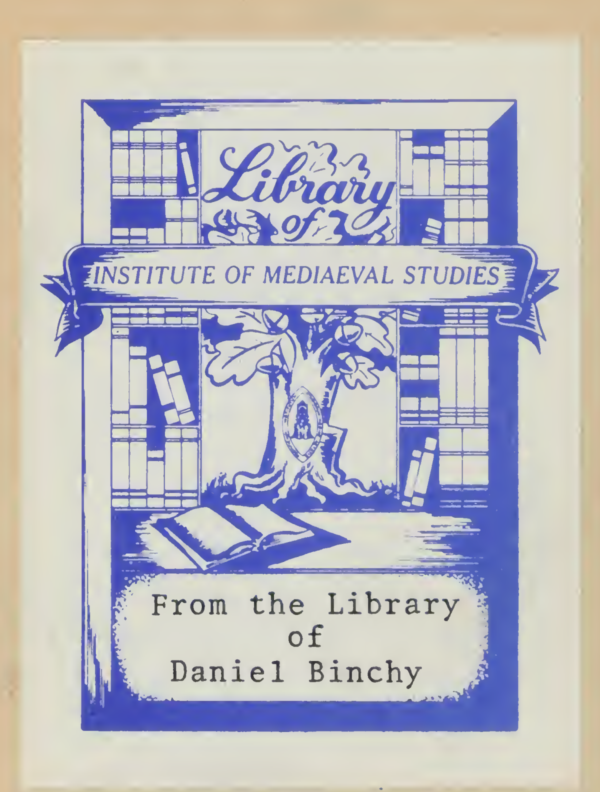
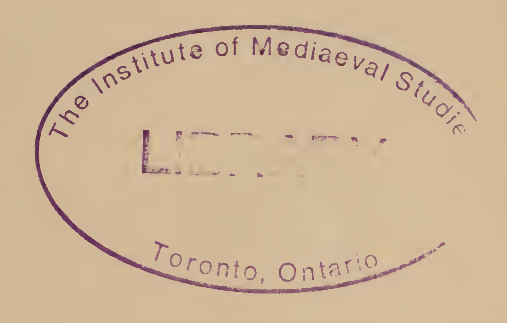



Library
of
INSTITUTE OF MEDIAEVAL STUDIES
From the Library
of
Daniel Binchy


The Institute of Mediaeval Studie
LIBRARY
Toronto, Ontario



ZEITSCHRIFT

FÜR

VERGLEICHENDE RECHTSWISSENSCHAFT

HERAUSGEGEBEN

VON

Dr. FRANZ BERNHÖFT
o. ö. Professor an der Universität Rostock

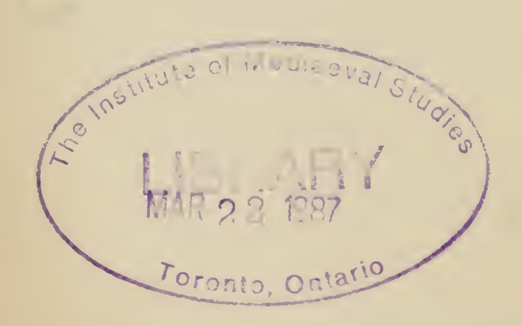
Dr. GEORG COHN
o. ö. Professor an der Universität Zürich, correspond. Mitglied der R. Accademia di Scienze, Lettere ed Arti di Padova

UND

Dr. J. KOHLER
o. ö. Professor an der Universität Berlin. Auswärtigem Mitgliede des Königl. Instituts voor de Taal-Land-en Volkenkunde van Nederlandsch Indië, Correspondirendem Delegirten der Société Académique Indo-Chinoise zu Paris, Correspondirendem Mitglied der Société de Législation comparée in Paris und der Genootschap van kunsten en wetenschappen in Batavia, Ehrenmitglied des Istituto di Storia del Diritto Romano an der Universität Catania, Mitglied der Gesellschaft für Rheinische Geschichtskunde in Köln.

FÜNFZEHNTER BAND.

STUTTGART.
VERLAG VON FERDINAND ENKE.
1902.


The Institute of Mediaeval Studies
LIBRARY
MAR 2 2 1987
Toronto, Ontario

Druck der Union Deutsche Verlagsgesellschaft in Stuttgart.

Inhalt.

I.

Rechte der deutschen Schutzgebiete.

IV. Das Banturecht in Ostafrika.

Von

J. Kohler.

Es soll hier das Recht der Bantu dargesellt, das Recht der hamitischen Stämme (Massai u. s. w.) ausgeschieden werden; die mit hamitischen und nilotischen Elementen vermischten Völker müssen natürlich, soweit sie noch die Züge der Bantucultur zu wahren scheinen, mit aufgenommen werden; um so mehr, als bei den zahlreichen Vermischungen vielfach etwas Sicheres über ihre ethnologische Stellung nicht zu ermitteln ist [1]).

Zu Grunde liegen vor Allem die Berichte unserer Kolonialbeamten.

Besonders ausführliche Nachricht haben wir über die Wadschagga in der Landschaft Moschi; sie sind vom März 1898 und stammen vom Premierleutnant Merker, der eine bemerkenswerthe Beantwortung meines Fragebogens eingesandt hat.

Ueber dieselben Wadschagga haben wir eine weniger ausführliche Mittheilung von dem Compagnieführer Johannes aus dem Jahre 1894.

---

[1]) Ein Versuch systematischer Scheidung findet sich in Stuhlmann, Deutsch-Ostafrika I, S. 842 f.

Ueber die Waniamwesi ist gleichfalls eine ausführliche Beantwortung meines Fragebogens aus dem Jahre 1900 vom Hauptmann und Stationschef Puder in Tabora eingegangen.

Ueber die verwandten Stämme haben wir weniger umfangreiche Berichte, so (1894)

von Kötzle über die Waschambaa in Masinde, so (1894)

von Gravert über die Wasagara in Kilossa, so (1895)

von Link gleichfalls über die Wasagara, so (1893)

von Storch über die Wagogo in Mpapwa, so (1895)

von Ewerbeck über die Eingeborenen bei Lindi, so (1895)

von von Rode über die Eingeborenen bei Mikindani.

Ausserdem erschien in den Mittheilungen der deutschen Schutzgebiete XII, S. 67 f., 82 f., XIII, S. 61 f., 72 f. eine von Oberleutnant Richter herrührende ausführliche Darstellung der Rechtsverhältnisse der Bevölkerungen bei Bukoba in der Gegend vom Victoria-Nyansa-See bis nach Karagwe, jener Bevölkerungen, die man mit dem Gesammtnamen der Waheia bezeichnen kann, die von hamitischen Wahinda, Wahuma und Wanyago beherrscht sind, aber in der Hauptsache ihre Bantuverhältnisse beibehalten haben. Dieser Bericht ist an sich keine Beantwortung meines Fragebogens, er ist aber wohl, wie die ganze Anlage zu beweisen scheint, durch meinen Fragebogen beeinflusst und enthält virtuell eine Erklärung auf die meisten Fragen desselben. Einige Bemerkungen über dieselben Stämme giebt auch Leutnant von Kalber ebenda IX, S. 38 f.

In den Mittheilungen der deutschen Schutzgebiete sind ferner gedruckt: Nachricht über Kilwa von Eberstein (Mittheilung IX, S. 170), über die Rechtsgewohnheit der Wadigo bei Tanga von St. Paul-Hilaire (ib. VIII, S. 191), über die Rechtsgewohnheiten der Wakilindi und Waschambaa, der Wapare und der Wambugu von Storch (ib. VIII, S. 310), über die Warangi von Baumstark (ib XIII,

S. 45). Dazu kommt Baumann: Usambara und seine Nachbargebiete (Berlin 1891) und Volkens, der Kilimandscharo (Berlin 1897) — hier S. 213 ff. über die Wadschagga.

Ich werde bei der Darstellung alle bezeichneten Stämme berücksichtigen; ist aber nichts weiter gesagt, so sind die Wadschagga gemeint, über die wir die eingehendsten Berichte haben.

Dabei bedarf es keines Hinweises, dass wir die Rechte so geben, wie sie galten, bevor der deutsche Einfluss mächtig geworden ist, und es wird hoffentlich nicht eines steten Zusatzes bedürfen, dass Grundsätze, wie die über Blutrache, Sklaverei u. s. w., sich unter der deutschen Herrschaft gewandelt haben. Uns ist es natürlich um das ursprüngliche heimische Recht zu thun, nicht um das Culturrecht, wie wir es den Völkern zuwenden wollen. Für solche aber, die an Allem einiges auszusetzen haben, sei dies noch besonders hervorgehoben, obgleich es selbstverständlich ist.

A. Rechtsgrundlagen.

I. Totemismus.

§ 1.

Der Totemismus ist noch völlig erhalten bei den Waheia in Bukoba. Sie bezeichnen mit Kabila die Thiergemeinschaft, und diese besteht in der gewöhnlichen Weise: die Gemeinschaft verehrt ein bestimmtes Stammthier, darf dieses nicht töten oder einzelne Theile desselben nicht essen, und die Mitglieder der Kabila heirathen nicht unter sich (Richter XII, S. 83. 84). Es heisst hier (Mittheilung XII, S. 84): „So z. B. darf die eine Kabila keine Eidechsen, die andere keine Meerkatzen berühren, ohne Hautausschlag zu bekommen. Allen Kabilas ist auserdem ein bestimmter Vogel heilig. Wer ein Exemplar der von ihm verehrten Gattung verendet findet, bedeckt es mit Gras.“ Der Abstammungsglaube und der Glaube

an die Thierverwandlung im Tode scheint allerdings verloren gegangen zu sein (Richter ib. S. 84).

Die Gesammtverehrung eines Vogels scheint darauf hinzudeuten, dass die Bevölkerung aus einem Totem abstammt und sich in Untertotems gespalten hat, die dann wieder je ein bestimmtes Thier annahmen und die Einheit des Gesammttotems durchbrachen, mindestens von dieser Einheit nur den Gemeincultus beibehielten.

Merkwürdig ist es, dass auch die hamitischen Herrschaftsvölker diesen Totemglauben angenommen haben: so heirathen die Wanyago und Wahinda einander nicht, weil sie zu derselben Kabila gehören (Richter XII S. 71).

Die Kabilaeintheilung findet sich auch bei den Warangi, wo es 18 Kabila giebt (Baumstark XIII S. 45).

Bei anderen Stämmen treffen wir einzelne totemistische Züge. So gehört dem Totemismus die Vorstellung an, dass der Todte sich eine Pythonschlange zum Gehäuse nehme, weshalb, wenn eine solche erscheint, ihr ein Opfer dargebracht wird. So bei den Wabondei[2]); ähnlich auch bei den Wapare (Storch VIII S. 320). Und einen ähnlichen Charakter scheint die Heilighaltung der Katzen bei den Wambugu zu haben: man nimmt an, dass der Tod einer Katze Unglück bringt und sucht dieses Unheil durch Opfer zu begütigen, (Storch VIII S. 325). Bei den Waschambaa werden Python und Katzen verehrt, auch ein schwarzer Vogel (Storch VIII S. 313).

§ 2.

Ausserdem sind von dem Totemismus fast überall lykanthropische Vorstellungen[3]) geblieben, welche sich in der über die Erde verbreiteten Oedipussage kundgeben: das Kind tödtet

---

[2]) Baumann, Usambara S. 141.

[3]) Literatur über den Werwolf in meiner Schrift über den Ursprung der Melusinensage S. 3. Dazu Roscher, Abh. d. Sächs. Gesellsch. d. wissensch. phil.-hist. Classe XVII, 3 (1896).

seine Eltern. Solche Vorstellungen führen zum Kindsmord: man will, wenn man es rechtzeitig erkennt, ein solches Schicksal verhindern.

Diese Vorstellung ist namentlich in zwei Formen zu Tage getreten: das Kind gilt als ein die Eltern (oder auch den künftigen Ehegatten) tödtendes Unwesen:

a) wenn Zwillinge geboren werden; hier ist das letzte, oder wenn sie verschiedenen Geschlechts sind, das Mädchen der Wolf [4]),

b) wenn die oberen Schneidezähne vor den unteren durchbrechen.

So erzählt Merker:

Kindsmord ist üblich. Missgestaltete Kinder werden sofort nach der Geburt getödtet. Bei Geburten von Zwillingen und Drillingen lässt man nur ein Kind am Leben. Sind die Kinder gleichen Geschlechts, so wird das zuletzt geborene, sind sie verschiedenen Geschlechts, so wird das Mädchen getödtet. Die Tödtung wird sofort nach der Geburt von der als Hebamme dabei fungirenden Frau mittels Durchschneiden des Halses vorgenommen. Es besteht der Glaube, dass jenes Kind — ein Knabe den Vater, ein Mädchen die Mutter — tödten würde. Brechen bei einem Kind die oberen Schneidezähne zuerst durch, so wird es meistens getödtet. Lässt man es am Leben, so sind die Eltern sorgsam bemüht, jene Thatsache zu verheimlichen, da man glaubt, ein solches Kind würde seinen späteren Ehegatten tödten oder dieser bald nach der Heirath von selbst sterben (Merker).

Und:

Wird es bekannt, dass einem Kind die oberen Schneidezähne vor den unteren durchgebrochen sind, so haftet ihm dies Zeitlebens als Makel an.

Ist es ein Knabe, so wird ihn nur ein von allen Anderen verschmähtes Mädchen heirathen, ist es ein Mädchen, so muss es zufrieden sein, wenn ein alter, hässlicher Mann einst ihre Hand begehrt (Merker).

So auch Johannes.

---

[4]) Umgekehrt werden bei den Waganda im Norden des Nyansa Zwillinge mit besonderer Festlichkeit begrüsst (Stuhlmann I S. 185); allein, wie schon bei früherem Anlasse bemerkt, bewegen sich die Völker hier immer in Gegensätzen.

Auch bei den Wabondei werden Zwillinge und Wolfskinder (bei denen die oberen Schneidezähne zuerst durchbrechen) getödtet[5]; ebenso bei den Waschambaa (Storch VIII S. 311); bei den Warangi die Wolfskinder, nicht die Zwillinge, obgleich auch sie nicht gern gesehen werden (Baumstark S. 55). Auf demselben Gedanken mag die Tödtung der Kinder beruhen, die ein Mädchen vor der Reife geboren hat; so bei den Wapare (Storch VIII S. 322), bei den Wambugu (Storch VIII S. 326). Vgl. unten S. 14, 39, 61.

Ueberreste lykanthropischer Vorstellungen finden sich auch sonst. Von den Waniamwesi wird berichtet:

Bestehen keine Beziehungen zu bestimmten Thieren, verehren keine Thiere, tödten und essen alle Thiere mit Ausnahme von Hyänen und Schakalen. Von Hyänen und Schakalen glauben sie, diese gehen mit ihnen feindlich gesinnten Leuten spazieren, durch welche sie, wenn die Hyäne stirbt oder von ihnen getödtet wird, durch Medicinmachen krank gemacht werden oder sterben müssen. Stammvater ein Thier, nein! — Seele nach dem Tode in ein Thier, nein . . . Thiertänze, nein . . . (Puder).

Was hier von dem Verhältniss zu Hyänen und Schakalen gesagt ist, ist Ueberrest lykanthropischer Ideen: ursprünglich nahm man an, dass sich die Leute selbst in diese feindlichen Thiere verwandelten. In ähnlicher Abschwächung findet sich dies bei den Warangi, wo man glaubt, dass Zauberer in Begleitung von Hyänen Nachts ausgehen und durch Anschlag eines Stockes an die Hütte Krankheit oder Tod bringen (Baumstark XIII S. 57).

§ 3.

Totemistisch ist wohl auch der Gedanke, dass die Wittwe, die einen Sohn hat, nicht mehr heirathen darf:

Eine Wittwe, die einen Sohn hat, darf nicht wieder heirathen. Die Kinder etc. des Erben nennen diesen Sohn Kichanamâi, d. h. er kommt mit seiner Mutter (Merker).

Wahrscheinlich beruht dieser Gedanke darauf, dass durch die Empfängniss und Geburt eine Blutseinheit zwischen Frau

---

[5]) Baumann S. 131.

und Mann erfolge, so dass ihr nunmehr jeder Umgang mit der Familie, der ihr Mann angehört, ebenso untersagt ist, wie der Umgang in der eigenen. Dem entspricht es auch, dass, wie noch unten (S. 14, 22) zu erwähnen, das Mädchen, das vor der Ehe geboren hat, keinen anderen Mann bekommt, obgleich der voreheliche Geschlechtsumgang sonst nicht verpönt ist.

Im Uebrigen scheint die totemistische Exogamie untergegangen, die Exogamie auf wenige Grade beschränkt zu sein. Wir erfahren darüber von den Waniamwesi:

(Ehe) in der nächsten Verwandtschaft verboten. Geschwister- und Cousinehe verboten (Puder).

Dagegen ist hier der totemistische Gedanke geblieben, dass man nur in ein Geschlecht des eigenen Stammes heirathen dürfe.

Ein Waniamwesi darf nur eine Waniamwesi heirathen.

Was aber die Totemzeichen betrifft, so gilt Folgendes:

Verschiedene Stämme, wie die Wabondei, tragen eine Stammesmarke, welche bei der Jünglingsweihe eintättowirt wird[6]).

Auch andere Stämme haben solche Tättowirungszeichen: sie sind noch eines näheren Studiums werth. Von den Tättowirungsbildern der Waniamwesi spricht bereits Cameron: sie trügen eine tättowirte Linie auf der Mitte der Stirn, ausserdem befestigten sie ein dreieckiges Zierstück am Hals zum Stammeszeichen[7]).

II. Ahnenverehrung.

§ 4.

Der Ahnencult findet sich insbesondere als Schädelverehrung.

Die Schädel der verstorbenen Familienangehörigen (in einer kleinen Traceenpflanzung in der Schamba beigesetzt) geniessen einen gewissen Cult: die Angehörigen besuchen diese Stätte öfters; ist Jemand von der Familie krank, so wird dort eine Ziege geschlachtet, deren Blut man auf die Erde fliessen lässt als Opfer für die „Warumü", die Abgeschiedenen, die man um Genesung für die Kranken anruft (Merker).

---

[6]) Baumann S. 132. Vgl. unten S. 38.

[7]) Cameron, Quer durch Afrika I S. 165.

Ebenso bringen die Wapare dem Schädel des Todten Opfer dar[8]).

Besonders verbreitet ist die Verehrung der Ahnen in Bukoba, wo man für ihre Seelen kleine Geisterhütten neben den Wohnhäusern hat, die als geweiht gelten und als Opferstätten dienen (Richter XII, S. 97). Die ersten Häuptlinge haben sich beim Neumond zwei Tage lang in der Geisterhütte ihrer Vorfahren aufzuhalten und schlagen hier die Trommel; sonst fürchtet man, dass die Geister zürnen.

So auch bei den Waniamwesi: die Geisterhütten heissen hier Mzimu. Puder schreibt darüber:

Jedem Todten wird von Angehörigen ein Mzimu (eine kleine Hütte ½—1 Meter hoch) gesetzt, meistens vor dem Hause der Angehörigen, auch auf Reisen, wenn sie des Todten gedenken, setzen sie solche kleinen Hütten. Diese sind unantastbar, auch im Kriege werden diese geschont. Mit jedem Neumond thun sie von ihrem täglichen Essen und Getränken etwas in die Hütte, damit der Todte merkt, dass er noch nicht vergessen ist. Ist Jemand krank, so geben sie tagtäglich dem Todten Essen in die Hütte. Zerbrochenes Geschirr, Geweihe, Elephantenzähne bei grossen Sultanen, Löwenschädel, Leopardenschädel kommen ebenfalls hinein oder davor, an den Zaun angehangen oder auf Stangen aufgesteckt, damit der Todte vermehrt diese wiedergiebt.

Ferner heisst es:

Die Eheleute geben den Todten ihrer Verwandtschaft in ihren Hütten (Mzimu) am Hochzeitstage Essen; sie hoffen, dadurch gesund zu bleiben und Kinder zu bekommen.

Und im Falle einer Geburt tritt Folgendes ein:

Die das Kind abfangende Frau setzt nachher sofort vor die Thür des Hauses einen Mzimu (Geisthütte) für das Kind.

Dagegen besteht keine Scheu, den Namen des Verstorbenen auszusprechen; so Puder bezüglich der Waniamwesi.

§ 5.

Die Todtenverehrung hat auch bei den Bantus bildend gewirkt. Einmal hat die Annahme, dass die Geister noch mit

---

[8]) Baumann S. 239.

uns in Beziehung stehen und unser Thun und Lassen überwachen, an sich schon eine erziehende Kraft.

Daher auch die Betheuerung und Beschwörung bei den Ahnen. So heisst es:

Betheuerungen wie: „so wahr der Häuptling lebt" oder „die Waruma sollen mich tödten, wenn ich mein Versprechen nicht halte", sind üblich.

Ferner hat der Glaube den grossen Fortschritt gezeitigt, dass man Unfälle und plötzlichen Tod nicht immer menschlichem Zauber, sondern auch der Gewalt dieser Abgeschiedenen zuschreibt; so dass hiermit eine Hauptquelle der Hexenverfolgung verstopft wurde. Dies ergiebt sich aus folgender Schilderung Merkers:

Nach dem Tode wandert die Seele zu den „Abgeschiedenen", Warumu, die im Innern der Erde unter bestimmten Bäumen wohnen. Diese stehen noch in Beziehung zum Diesseits und zwar insofern, als man — aus Mangel an einer anderen Erklärung — Unglücksfälle, Krankheit und Tod von Menschen und Vieh, Hungersnoth, Heuschreckenplage etc. auf den Zorn eines oder mehrerer Abgeschiedenen zurückführt. Man sucht diesen oder diese dann durch Opfern eines Stückchens Fleisch und etwas Blut eines zu diesem Zweck geschlachteten Thieres (Ziege oder Schaf) zu versühnen.

Und:

Stirbt Jemand ohne ersichtliche Todesursache, so haben ihn nach dem Glauben der Wadjagga die Geister, die Abgeschiedenen, getödtet (Merker).

Allerdings wird dadurch der Hexenglauben zwar zurückgestellt, aber nicht verdrängt, wie sich S. 55, 58, 60, 66, 79 ergeben wird.

Sodann zeitigt namentlich der Glaube, dass der Todte eine Zeit lang noch in der Nähe weile, das Trauerjahr. Diesen Glauben haben auch unsere Völker; sie bestatten darum den Todten, sofern er verheirathet war und Kinder hatte (also eng mit der Welt zusamenhing), in der Hütte, und erst später wird die Leiche ausgegraben und auf allgemeinem Feld beigesetzt, der Schädel in einen Topf gelegt; wie dies Merker anschaulich schildert:

Die verstorbene Person wird, wenn sie verheirathet war und ein oder mehrere Kinder hatte, in der Hütte begraben: ein Mann links des

Eingangs, eine Frau rechts desselben. Nach 10—11 Monaten wird die Leiche ausgegraben; der Kopf wird in einen thönernen Topf gelegt und dieser in eine kleine Traceeneinfassung in der Schamba beigesetzt. Um den Topf herum werden die Knochen des Verstorbenen gestreut. — Die Leiche wird mit Fett gesalbt und in Tücher gewickelt. — Dem Verstorbenen wird nichts ins Grab mitgegeben.

War die verstorbene Person nicht verheirathet oder ein Kind, so wird die Leiche nicht in der Hütte, sondern in der Schamba begraben.

Ebenso der Bericht von Johannes. Allerdings ist hiernach das Trauerjahr, das nach dem Vorigen 10—11 Monate dauern sollte, wohl aus Nützlichkeitsgründen, auf 5 Monate verkürzt.

Das Weinen und Klagen um einen Todten dauert circa 4 Tage. Nach dieser Zeit rasirt die ganze Verwandtschaft ihre Köpfe. Ist das Haar wieder voll gewachsen, nach 3—5 Monaten, so dürfen Wittwer und Wittwen wieder heirathen. Schwangere Frauen müssen mit der Wiederverheirathung bis nach der Geburt des Kindes warten (Merker).

Im letzten Brauch bricht schon der Gedanke der turbatio sanguinis hervor.

Doch ist dieses Moment nicht überwiegend, denn es kann die Frau

sich nach der Scheidung sofort wieder verheirathen (Merker).

Noch weiter geht der Satz, dass die Wittwe, die einen Sohn hat, überhaupt nicht mehr heirathen darf; doch scheint, wie oben (S. 6) gezeigt, der Grund dieser Erscheinung ein totemistischer zu sein.

Das Trauerjahr findet sich auch bei den Waniamwesi. So erzählt Puder:

Die Frau darf 2 Jahre nicht heirathen, der Mann 1 Jahr nicht. Der Mann sowohl wie das Weib, wenn es der Ueberlebende ist, lassen während der Zeit Kopf- und Geschlechtshaare langwachsen, dürfen diese nicht, wie bei den Geschlechts- und den Haaren unter dem Arm sonst üblich, mit Asche entfernen.

Dagegen wird bei den Waschambaa die Trauerzeit auf wenige Tage verkürzt (Storch VIII S. 312); durch gewisse Ceremonien wird hier die Habe des Verstorbenen entzaubert und vom Banne des Todten befreit.

Aus dem Ahnenglauben entspringt das Todtenopfer, indem man dem Todten Sachen oder Personen ins Jenseits

nachsendet. In Bukoba soll die Lieblingsfrau des Sultans lebendig mitbegraben worden sein (von Kalben IX S. 39).

Noch mehr bei den Waniamwesi, wenn es sich um einen Sultan handelt[9]). So erzählt Puder:

Nur beim Sultan, wenn dieser stirbt, werden 4—10 Kebsweiber und Sklaven in eine grosse Grube neben einander gesetzt, der todte Sultan dazwischen, und dann lebendig begraben. Dies geht unter grosser Feierlichkeit vor sich. Wenn Sultanin, werden ebenfalls Weiber und Sklaven begraben (heute soll dies nicht mehr sein). . . .

Daher:

Nach dem Tode werden deswegen bis zu 10 Leute ergriffen, die mit ihm begraben werden, die der älteste Waniampara hierzu bestimmt.

Und:

Nachdem der Tod bekannt und die zu Begrabenden ergriffen sind, werden alle Waniamparas zusammengerufen und ein grosses Loch (Grab) circa 3—4 Meter tief und 4—5 Meter breit, davon eine Seite schräg offen, so dass man hineingehen kann, gegraben. Wenn das Grab fertig, wird der Sultan auf einen kleinen Stuhl in die Mitte des Grabes gesetzt und um ihn ganz dicht herum, niederkauernd, die mit ihm lebendig zu Begrabenden. Von allen oben am Rande stehenden Zuschauern wird dann Erde hineingeworfen, bis die Grube zu ist, nachher von allen Anwesenden Ngoma getanzt und geschlagen; es werden viele Rinder und Ziegen geschlachtet und reichlich Pombe getrunken (Puder).

Dabei gilt noch Folgendes:

Beim Füllen der Grube wird der- oder diejenige sofort wieder herausgelassen, der niest, weil nach ihrem Glauben der todte Sultan hierdurch sagt, dass er ihn nicht haben will (Puder).

Natürlich: das Niesen stört den Ritus und gilt daher als Zeichen der Unzufriedenheit des Todten.

Sodann entspringt dem Ahnencultus die Beobachtung letztwilliger Verfügungen. So Merker:

Letzte Wünsche, die ein Verstorbener geäussert hat, z. B. über die Vertheilung seines Besitzes, sind bindend.

Aehnliches berichtet Puder von den Waniamwesi. Vgl. auch S. 71, 72.

---

[9]) Vgl. auch schon Andree, Forschungsreisen in Arabien und Ostafrika II S. 216 f.

B. Familienbildung.

I. Gruppenehe.

§ 6.

Von der classificatorischen Verwandtschaftsbezeichnung hat sich einiges erhalten. So giebt Merker über die Wadschagga Folgendes an:

Vater	wāānde
Vatersbruder	waande okavi (Anrede wāānde)
Mutter Andere Frauen des Vaters Schwester der Mutter Frau des Bruders vom Vater	wā́mă
Schwester des Vaters Cousine Schwester Stiefschwester (versch. Väter) Halbschwester (gleicher Vater)	mshíki
Bruder der Mutter	washidu
Vetter Halbbruder	mshári
Neffe Nichte	manoko (mein Kind)
Bruder	mana o wama.

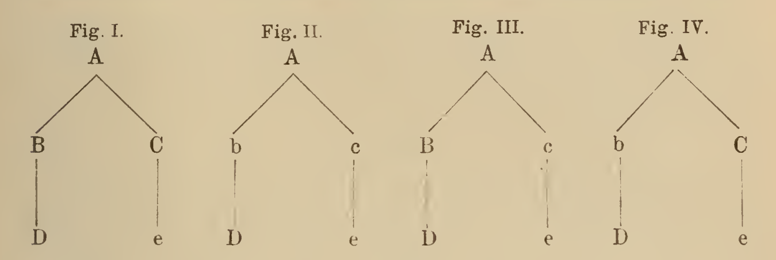
Wir haben also die Gleichsstellung

Vater = Vatersbruder,
Mutter = Muttersschwester,
Mutter = Frau des Bruders des Vaters,

während die Vatersschwester und der Muttersbruder andere Benennungen haben. Ferner:

Neffe und Nichte = Kind, wobei allerdings nicht angegeben ist, ob darunter nur Bruderssohn eines Mannes und Schwesterssohn einer Frau verstanden wird; nach Anleitung des obigen ist es wohl anzunehmen, es wird aber noch besonders zu constatiren sein.

Cousin und Cousine aber = Bruder und Schwester, und bezüglich der Cousine gilt dies sicher nicht nur, wenn Bruderssohn und Bruderstochter, Schwesterssohn und Schwesterstochter, sondern auch wenn Bruderssohn und Schwesterstochter, Bruderstochter und Schwesterssohn zusammentreffen, also[10]):



Dies wird sich aus dem Folgenden ergeben.

Vorher ist noch auf eine fernere Gleichung einzugehen, die die Wadschagga bieten:

Schwester des Vaters = Schwester.

Dies beweist, dass bei diesem Stamme die Tantenehe üblich war, wie folgt:

D heirathet die c, seine Tochter m ist die Schwester des G, sie ist als die Tochter der c zugleich = die Cousine des D, des Vaters des G; als solche heisst sie Vaterschwester (= Vaterscousine) des G.

Daraus geht hervor, dass auch im Falle von Bruderssohn und Schwesterstochter die Cousine = Schwester; somit ist die m Schwester des D und als solche Vaterschwester des G; sie ist zugleich als Tochter des D Schwester des G; mithin ist Vaterschwester = Schwester (wie S. 12).

Von den Digostämmen bei Tanga erfahren wir mindestens, dass die Schwester der Mutter = Mutter, die Schwester der Gross-

[10]) Wie immer, bezeichne ich die Männer mit grossen, die Frauen mit kleinen Buchstaben; ein | bedeutet die Abstammung, Punkte ... bedeuten Ehe.

mutter = Grossmutter, und zwar in der Art, dass die rechte Mutter (Grossmutter) die grosse, die andere die kleine Mutter (Grossmutter) heisst, also

mayo mviere, mayo mdide,
wawa mviere, wawa mdide.

So St. Paul-Hilaire (VIII S. 196).

Dagegen sagt Puder über Frage 7 (Bezeichnung der Verwandtschaftszugehörigkeit) bei den Waniamwesi:

Wie zu Hause.

§ 7.

Von der Gruppenehe ist noch 1. der Satz geblieben, dass der voreheliche Umgang als erlaubt gilt; nur muss die Beschneidung abgewartet werden: der Umgang vor der Beschneidung gilt als Gräuel und wurde früher mit schwerer symbolisirender Todesstrafe geahndet (unten S. 39, 61). So sagt Merker:

Auf die Keuschheit der beschnittenen Mädchen vor der Ehe wird kein besonderer Werth gelegt, vielmehr steht ihnen der geschlechtliche Umgang frei, ohne dass daraus irgend welche rechtlichen Wirkungen entstehen. Aber als grosse Schande gilt es, wenn ein Mädchen auf diese Weise Mutter wird. Uneheliche Geburten sind daher äusserste Seltenheiten und das Kind wird in diesem Fall sofort nach der Geburt getödtet.

Ebenso sagt Puder von den Waniamwesi:

Es giebt freie Liebe und Probeehe, letztere ausnahmsweise.

Und:

Es steht ihm (dem Mädchen) der geschlechtliche Umgang frei.

Auch von den Wadigo wird erzählt, es gelte als schimpflich oder doch als lächerlich, als Jungfrau in die Ehe zu treten [11]).

Aehnlich erzählt uns Link von den Wasagara:

Endlich ist ein freies Zusammenleben für Mann und Frau (freien) — ohne Hochzeitsvertrag — durchaus nicht selten unter jederzeitiger Möglichkeit der Trennung von Seiten beider Theile — ganz der „freien Liebe“ modernster Richtung entsprechend.

Natürlich ist dies keine moderne freie Liebe, sondern ein Ausfluss der ehemaligen gruppenehelichen Gemeinsamkeit.

In Bukoba wird dagegen auf ein besseres Vorleben Werth gelegt, weil man die Jungfrau höher taxirt und daher ein

[11]) Baumann S. 152.

schlimmes Vorleben den Frauenpreis herunterdrücken würde (von Kalben IX S. 39). Vgl. unten S. 17.

2. Das Levirat ist, wie unten darzustellen, im Ganzen ein Kaufehelevirat. Aber ein Zug beweist, dass in ihm auch noch ein Stück Gruppenehe steckt. Dieser Zug findet sich bei den Wadigo, wie auch bei Stämmen des portugiesischen Ostafrikas[12]: heirathet die Wittwe einen Dritten, so gehören ihre Kinder dem ersten Mann. Dass dieser Zug gruppenehelich ist, wurde bereits früher (XIV S. 465) dargethan. Im Uebrigen wird das Levirat bei der Kaufehe (S. 21) besprochen werden.

3. Auch die Prostitution, dieser Ueberrest totemistischen Lebens, ist zu constatiren.

Von den Waniamwesi heisst es:

Prostitution giebt's, Häuser und Weiber und Kinder von 10 Jahren ab (Puder).

Hierher gehören 4. die Bräuche, welche die Einzelehe als etwas Anomales kundgeben, das nur allmählich Verzeihung findet. So die Tobiasnächte.

Tobiasnächte werden bezeugt von den Wabondei: die neuvermählten Ehegatten sitzen sich 4—5 Tage gegenüber, ohne feste Nahrung aufzunehmen[13].

Aber auch von den Wadschagga: hier wird nach der Eheschliessung der Mann und die Frau je in eine besondere Hütte gebracht, wo sie 4—8 Wochen getrennt leben und von einem Zauberer unterwiesen werden[14].

Anders die Waniamwesi; von diesen heisst es:

Am Tage, wo Hochzeitsgut bezahlt ist, schlafen die Eheleute schon zusammen (Puder).

Andere merkwürdige Züge bieten die Wadigo:

a) Wenn der Bräutigam mit seiner Braut in das heimische Dorf kommt, muss es in der Dunkelheit geschehen, um nicht von allen Leuten gesehen zu werden;

---

[12]) So bei den Baronga, Zeitschr. XIV S. 465.

[13]) Baumann S. 134.

[14]) Volkens S. 251.

b) während der fünftägigen Hochzeitsfeierlichkeit isst die Frau abseits in einer Hütte, auch der Ehemann isst nicht mit den anderen zusammen (St. Hilaire VIII S. 203).

II. Einzelehe.

§ 8.

Die Einzelehe ist Kaufehe; es heisst hier:

Frau wird gekauft. Brautpreis an den Vater gezahlt (Merker).

Der Kaufpreis beträgt nach Johannes von einer Ziege bis zu 9 Stück Rindvieh[15]. Die Braut erhält einen Bleiring als Armschmuck.

Aehnlich bei allen verwandten Stämmen:

So bei den Wabondei (Baumann S. 133); so bei den Wasagara (Link), bei den Wapare, wo 3 Rinder, 2 Ziegen, Honig und nach Geburt eines Kindes weitere 2 Ziegen gegeben werden (Storch VIII S. 320); so bei den Waschambaa (Kötzle), wo der Preis 2—5 Rinder, 1—2 Ziegen und Honig beträgt; so bei den Stämmen um Lindi (Ewerbeck); so bei den Wadigo: 4 Rinder und 2 Schafe oder Ziegen (St. Hilaire VIII S. 201). So bei den Waheia in Bukoba: der Kaufpreis beträgt eine Anzahl Rinder oder Ziegen, z. B. 20 Ziegen, ein Rind und 6 Ziegen, und etwa noch eine Zahl Kaurimuscheln (von Kalben IX S. 39: Richter XII S. 84); und hierbei steht eine Jungfrau etwa doppelt so hoch im Preis wie eine Wittwe (von Kalben ib.); ein Sultan allerdings zahlt einem anderen Sultan für seine Tochter 3 Jungfrauen, 20 Rinder, 20 Ziegen, die Hälfte sofort, die Hälfte auch später (von Kalben ib.); ein merkwürdiger Uebergang besteht aber hier darin, dass die Jungen der Rinder dem Schwiegersohn zufallen, als ob der Schwiegervater die Thiere nur zum Gebrauch, nicht zu Eigen erhielte (Richter ib.)[16].

---

[15]) S. auch Volkens S. 251.

[16]) Bei den im Norden des Nyansasees wohnenden Wagandas

Bei den Waniamwesi wird der Kaufpreis theilweise abverdient; er wird als ein abzuverdienender gestundet. So sagt Puder:

Frau wird gekauft. Richtet sich nach Vereinbarung. Kaufpreis kann in Sklaven bestehen....

Etwas Hochzeitsgut, wenn arm, muss vorher bezahlt werden. Rest kann durch Arbeit nach der Hochzeit abverdient werden.

Auch bei den Wadigo wird ein Theil des Kaufpreises gestundet; wird er nicht bezahlt, so kann der Mundwalt unter Rückzahlung des Empfangenen die Frau weiter verkaufen, aber nicht gegen ihren Willen (St. Hilaire VIII S. 205).

Bei den Warangi ist der Preis einer Wittwe bedeutend geringer, als eines Mädchens: 2 Ziegen, sonst 2 Rinder und 10 Ziegen (Baumstark XIII S. 54).

In etwas ist die Kaufidee durch die Gewohnheit der Aussteuer der Frau abgeschwächt.

Die Aussteuer der Frau schwankt je nach der Höhe des Brautpreises; sie besteht aus einer Ziege, Tuch und Perlen (Merker).

Anders bei den Waniamwesi; hier berichtet Puder, dass die Frau nichts als Speisen in die Ehe bringe, auch nichts an Kleidern, ausser was sie am Leibe trägt.

Die Zahlung des Preises unterscheidet die Ehe von der Verlobung.

Verlobung geht voraus; ihr Zweck ist, dem Bräutigam einige Zeit zur Zahlung des Brautpreises zu lassen. Eine Verlobung von früher Kindheit an giebt es nicht (Merker).

Die Verlobung hat also schon einen individuelleren Charakter, sie hat nicht, wie bei vielen Völkern, die Bedeutung, die Keuschheit des vorehelichen Lebens zu wahren.

Während der Verlobung macht der Bräutigam Geschenke an Bier und Viehstücken.

Bei anderen Stämmen, z. B. bei den Bukobaleuten, kommt Kinderverlobung vor, weil man die Jungfrauschaft beim Frauenpreis berücksichtigt (vgl. von Kalben IX S. 39; Richter XII S. 84). Vgl. oben S. 15, 16.

---

beträgt der Kaufpreis etwa eine Ziege, zwei Stück Stoffe, zwei Hühner (Stuhlmann I S. 183).

§ 9.

Frauenraub als Entführung der Einwilligenden ist bei den Wadigo nachweisbar: beide entfliehen bei einer Tanzfeierlichkeit; dies führt nicht zu Kämpfen, denn es versteht sich von selbst, dass der Kaufpreis nachgezahlt wird, und die Stundung des Frauenpreises ist ja hier üblich (oben S. 17; St. Hilaire VIII S. 200).

Ausserdem deuten noch folgende Züge auf Frauenraub:

a) die Frau kehrt zu ihren Eltern zurück und muss nochmals geholt werden;

b) die Frau bleibt einen Monat bei den Schwiegereltern; erst dann kommt ihr Vater und richtet ihr einen eigenen Kochplatz zurecht (S. Hilaire VIII S. 202, 204).

Auch bei den Warangi wird die Frau entführt, und erst nachträglich wird über den Brautpreis verhandelt; vor Erlegung des Preises pflegt die Braut nicht berührt zu werden (Baumstark XIII S. 54).

Hiernach ist also die Entführung nur ein Vorspiel der Kaufehe.

§ 10.

Die Kaufidee zeigt sich in den wichtigsten Folgerungen;

1. darin, dass, wenn die Frau ihre Stellung nicht erfüllt, der Mann den Kaufpreis zurückerhält.

So bei den Wadschagga in folgenden Fällen:

a) wenn die Frau den Mann im Stiche lässt.

So sagt Merker:

Ohne den Willen des Mannes kann die Frau nur durch wiederholte hartnäckige Rückkehr zu ihren Eltern die Ehe trennen (Brautpreis wird zurückgezahlt).

Und:

Misshandelt der Mann die Frau, so flüchtet sie zu ihren Eltern und bleibt bei diesen; ist der Mann der Misshandelte, so führt er die Scheidung herbei.

So auch

b) wenn die Frau sich wegen Unfruchtbarkeit, Dummheit oder Faulheit als ungeeignet erweist.

Merker erwähnt als Ehescheidungsgründe:

Unfruchtbarkeit: wenn die Frau in den ersten 2—3 Jahren keinem Kind das Leben giebt, so heirathet der Mann eine zweite Frau, zeigt sich diese fruchtbar, so wird die erste zu ihren Eltern zurückgeschickt.

Dummheit und Faulheit.

Dass der Kaufpreis hierbei zurückbezahlt wird, ist nicht gesagt; es wäre dies wohl anzunehmen[17]. Allerdings erfahren wir ausdrücklich, dass bei Scheidung wegen (wiederholten) Ehebruchs die Rückzahlung nicht stattfindet — denn nur wegen wiederholten Ehebruchs pflegt die Scheidung einzutreten.

Gründe, die den Mann zur Scheidung veranlassen, sind: Ehebruch, meist erst im Wiederholungsfall . . . (Merker).

Und weiter:

Will sich der Mann von der Frau scheiden, so schickt er diese zu ihren Eltern zurück (Brautpreis wird nicht zurückgezahlt).

Und:

Erfährt er von der Untreue der Frau, so straft er sie zuerst meist mit Prügel; im Wiederholungsfall schickt er sie zu ihren Eltern zurück. Der Vater der Frau zahlt in diesem Fall aber den Brautpreis nicht zurück; dies geschieht vielleicht nur dann, wenn die Frau ihren Mann gegen dessen Willen verlassen hat (Merker).

Im Widerspruch damit behauptet Johannes, dass in diesem Fall der Kaufpreis zurückbezahlt werde[18]; fest scheint jedenfalls der Gebrauch nicht zu sein.

Sofern aber auch der Kaufpreis nicht zurückbezahlt wird, hängt dies sicher damit zusammen, dass man den Ehebruch nicht für so wichtig hält, um das ganze Geschäft zu lösen, und dass man es hier für genügend erachtet, wenn der Mann die Frau einfach verstossen kann.

---

[17]) Vgl. Negerrecht S. 26.

[18]) Sollte hier übrigens nicht ein Beobachtungsfehler vorliegen? etwa so, dass, wie in Bukoba, für die beim Manne zurückbleibenden Kinder ein Abzug gemacht wird, so dass in diesem Fall der zurückzuzahlende Fraupreis sich erheblich, vielleicht bis zur Null verringert?

Dies zeigt sich auch darin: ist die Frau vom Manne schwanger, so kehrt sie zum Manne zurück, auch wenn sie wiederholt Ehebruch getrieben hat: sie muss es, denn sie muss dem Ehemann das Kind in die Ehe bringen.

Bleibt das Weib beim Verführer und war sie von ihrem Mann schwanger, so muss sie nach der Geburt des Kindes mit diesem zu ihrem Mann zurückkehren (Merker).

Soweit die Wadschagga.

Die Rückzahlung des Kaufpreises bei Schuld der Frau findet sich auch bei den verwandten Stämmen. So heisst es von den Wasagara in Kilossa, dass der Preis zurückzugeben sei, wenn die Frau davonläuft (Gravert); auch bei den Stämmen im Süden, bei Lindi, findet sich das Gleiche. Ewerbeck besagt darüber:

Wünscht das Weib die Scheidung, so muss sie oder ihre Verwandten das Heirathsgut erstatten. ... Bei den Wakondes, Wayaos ist die Ehescheidung dadurch eingeleitet, dass das Weib von ihrem Manne zu ihrer Mutter flieht; es erübrigt nur noch das Zurückgeben des Heirathsgutes seitens des Bruders der Mutter.

Auch bei den Waniamwesi gilt Folgendes:

Wenn die Frau ihm (dem Manne) nicht mehr passt, giebt er sie der Familie zurück und sämmtliches Heirathsgut muss der Vater zurückgeben.

Und:

Falls Preis nicht abverdient wie verabredet, weil der arme Mann nicht mehr will [19]), geht Weib zu den Eltern auf deren Ansuchen zurück und Hochzeitsgut wird zurückgegeben.

Ferner:

Wenn ihm die Frau zu faul ist oder Ehebruch treibt, dann schickt der Mann diese zu ihren Eltern und lässt sich das Hochzeitsgut wiedergeben. — Nur der Mann entscheidet diese Gründe, Unfruchtbarkeit, Dummheit oder Misshandlung sind keine Gründe [20]). Kinder behält der Mann, Hochzeitsgut bekommt er wieder (Puder).

Aehnlich bei den Bukobaleuten, wobei jedoch, da die Kinder beim Vater bleiben, ein bestimmter Betrag des Preises,

---

[19]) Darüber oben S. 17.

[20]) Damit will nur gesagt sein, dass solche Gründe die Sache ben in die Willkür des Mannes setzen.

dieser Kinder wegen, in Abzug genommen wird (Richter XII S. 86; XIII S. 72): also retentio propter liberos, nur im umgekehrten Sinn, als bei den Römern. Auch bei den Warangi wird der Kaufpreis zurückgezahlt, wenn die Frau davongeht; schickt sie dagegen der Mann zurück, so bekommt er vom Kaufpreis nichts wieder (Baumstark XIII S. 54).

Bei den Wadigo verliert der Ehemann das Recht auf Rückzahlung des Frauenpreises, wenn er die Kinder will; mit der Rückzahlung des Preises verliert er all sein Recht an den Kindern. Abgesehen davon, hat er im Fall der Scheidung das Recht auf Rückzahlung, aber erst dann, wenn die Frau wieder verheirathet wird oder mit einem anderen Mann sonst verkehrt (St. Hilaire VIII S. 206 f.).

Anders die Wapare: hier behält der Ehemann die Kinder und bekommt den Kaufpreis doch zurück; kann der Kaufpreis nicht erlegt werden, so gehört dem Ehemann auch ein Kind, das die Frau nachträglich bekommt (Storch VIII S. 322); vgl. unten S. 28.

Auch unter den Wambugu bekommt der Ehemann, obgleich er die Kinder behält, bei der Ehescheidung den Kaufpreis zurück. Es gilt nur Folgendes: sind keine Kinder vorhanden, so ist ihm der Kaufpreis mit Zinsen, d. h. das hingegebene Vieh mit den Jungen der Zwischenzeit zurückzustellen (Storch VIII S. 326). Aehnliches gilt bei den Waschambaa: dass der Preis zurückzuzahlen sei, berichtet Kötzle; und bei Storch VIII S. 318 ersehen wir, dass die Kinder trotzdem bei dem Ehemann bleiben und dass, wenn keine Kinder vorhanden sind, die Frauenpreiserstattung die eben erwähnte Steigerung erfährt.

2. Die Frau gilt nach dem Tode des Mannes als Erbstück; das Levirat ist nicht bloss Ueberrest der Gruppenehe (oben S. 15), es ist zugleich erbrechtliches Levirat. Merker sagt darüber:

Wittwe geht auf den Erben ihres verstorbenen Mannes über, der sie wieder verheirathen kann, falls sie kinderlos ist oder nur Töchter hat.

Ebenso heisst es von den Waheia, dass der Sohn die Weiber seines Vaters, nur nicht seine eigene Mutter erbt; er erbt sie entweder persönlich, oder, wenn sie zu ihrer Familie zurückkehren, in Gestalt des Frauenpreises, der an ihn als Erben zurückzuzahlen ist (Richter). Dies zeigt, dass hier das Levirat auf die Kaufehe zurückführt.

Auch bei den Waniamwesi haben die Brüder des Mannes ein Recht auf die Wittwe und brauchen, wenn sie sie heirathen, keinen Frauenpreis zu zahlen; anders wenn ein Dritter die Frau heirathet (Puder).

Bei den Wadigo fällt die Frau an den nächsten männlichen uterinen Verwandten des Mannes (St. Hilaire VIII S. 197); sie kann aber von ihrer Familie ausgekauft werden; eines solchen Auskaufs bedarf es nicht, wenn sie ihre Kinder in der Familie des Mannes zurücklässt: diese gelten als genügender Ersatz für das Heirathsgut; also ähnlich wie in dem Fall der Scheidung, der oben S. 21 dargelegt worden ist; und dass, was den Erbgang betrifft, die Wittwe unter Umständen nicht an den uterinen, sondern an den agnatischen Verwandten des Mannes fällt, wird unten (S. 33) gezeigt werden: es gehört übrigens nicht dieser Betrachtungsweise an, sondern steht zu dem Vaterrecht und dem damit zusammenhängenden Erbrecht in Beziehung.

3. Vergeht sich Jemand mit einem Mädchen vor der Ehe in der Art, dass es Mutter wird, so muss er dafür, dass er ihre „Verkäuflichkeit" vermindert hat, an den Vater eine Entschädigungssumme bezahlen.

Der Verführer muss eine verhältnissmässig sehr hohe Summe (bestehend in Vieh) an den Vater des Mädchens zahlen. Heirathet er letzteres dann, so zahlt er keinen Brautpreis. Ein solches Mädchen heirathet kein anderer Mann (Merker).

So die Wadschagga. Aehnliches gilt auch bei anderen Stämmen: so bei den Waschambaa (Storch VIII S. 317), den Waparc (Storch VIII S. 322), den Wambugu (Storch VIII S. 326).

§ 11.

Das System der Kaufehe lässt eine ungemessene Anzahl von Frauen zu.

In der That richtet sich die Zahl der Weiber nach den Vermögensverhältnissen des Mannes; arme Leute haben nur 1 Frau; — Sinna, der mächtigste Djaggahäuptling — in Kibascho — hatte 70. Häuptling Meli von Moschi hat 7. Mareale von Marangu 13 (Merker).

Ebenso bei den Waniamwesi; so berichtet Puder:

So viel Weiber als er will, vorausgesetzt, dass er das Heirathsgut dafür bezahlen kann.

Die Frauen leben, wie gewöhnlich, getrennt; so bei den Wadschagga.

Jede Frau hat ihre besondere Hütte, wo sie mit ihren Kindern lebt, und ihren eigenen Haushalt (Merker).

Ebenso die Waniamwesi:

Der Mann nimmt so viel Weiber wie er will, vorausgesetzt, dass er das Heirathsgut dafür bezahlen kann. Jede hat insofern einen besonderen Haushalt, als jede in einem Extraraum wohnt und kocht, aber alle essen zusammen. Je nach Geschmack und Willen des Mannes ist eine Frau an der Reihe, bei ihm zu schlafen. . . . Jede Frau lebt mit ihren Kindern zusammen (Puder).

Das Gleiche gilt von den Wadigo: auch hier ist eine beliebige Vielheit von Frauen möglich, von denen jede ihre besondere Hütte und ihren Hausstand bekommt (St. Hilaire VIII S. 200).

Ein Vorrang der ersten Frau ist bei der Kaufehe nicht nothwendig; er ist aber nicht selten: so auch hier:

Die zuerst geheirathete Frau hat Vorrechte vor den später geheiratheten; sie wird am besten gehalten in Bezug auf Bedienung, Lebensmittel, Geschenke etc. (Merker).

Dies bestätigt auch Johannes mit der selbstverständigen Ausnahme, dass wenn die eine Frau eine Häuptlingstochter ist, sie unter allen Umständen vorgeht [21]).

---

[21]) So auch Volkens S. 252. Ebenso bei den Waschambaa (Storch VIII S. 312), von denen auch erzählt wird, dass eine Frau, welche Söhne hat, den Vorzug geniesst (Kötzle). Etwas Besonderes gilt für die Häuptlingsfrauen; so wird in Bukoba die Hauptfrau unter ihnen durch den Zauberer bestimmt (Richter XII S. 95).

Auch die Kinder der ersten Frau geniessen einen bestimmten Vorrang; so wird Häuptling der älteste Sohn der Hauptfrau.

Nicht ganz dasselbe berichtet Puder von den Waniamwesi:

Geheirathetes Weib oder Kebsweib richtet sich nach der Liebe des Mannes zu ihr. Vorrecht insofern, als sie bessere Kleider bekommt und mehrere Tage hinter einander bei ihm schlafen kann und mehr zu essen bekommt. Die Kinder dieser Weiber haben keine Vorrechte.

§ 12.

So weit die Kaufehe.

Bei manchen Stämmen findet sich die Ceremonie der Reisbeschüttung, so bei den Wabondei[22]); diese scheint aber von aussen eingeführt zu sein.

Bei anderen Stämmen geschieht die Uebergabe der Braut ziemlich formlos, abgesehen von den üblichen Gelagen und Tänzen, die allerdings oft Tage lang dauern.

Von den Wadschagga heisst es:

Ist der Kaufpreis bezahlt, so wird die Frau dem Manne übergeben. Man schlachtet dabei wohl eine Ziege und braut Pombe (einheimisches Bier); einige Freunde begleiten das junge Paar bis zur Hütte (Merker).

An der Küste hat vielfach der Islam eingewirkt und das Eherecht umgestaltet. Man findet hier den Talâk, und auch den Satz, dass nach dreimaligem Talâk die Ehegatten sich nur dann wieder heirathen dürfen, wenn die Frau unterdessen mit einem anderen Manne verheirathet war[23]). So berichtet Ewerbeck:

Die Scheidung ist nur dann rechtskräftig, wenn der Mann dem Weibe zu drei Malen (auch unmittelbar hinter einander) bei Nennung des Namens erklärt, dass er sie entlässt.

Wünschen die Geschiedenen eine Ehe wieder einzugehen, so ist dies nur möglich, wenn das Weib eine Zeit lang bei einem anderen als Suria gelebt hat.

---

[22]) Baumann S. 134.

[23]) Rechtsvergleichende Studien S. 49 f., 52 f.

Ebenso treffen wir das Islamrecht in Kilwa (Eberstein IX S. 182 f.), allerdings theilweise untermischt mit heimischen Rechtsgedanken: hier ist ein besonderes Brautgeld zur Hälfte an den Vater, zur anderen Hälfte an die Braut selbst zu zahlen (mahr!), ersteres sofort, letzteres später; ausserdem hat man dem Vater und der Mutter der Braut ein Geschenk zu machen (Eberstein IX S. 181).

Diese entlehnten Rechte fallen natürlich aus unserer Betrachtung heraus; es soll damit nur ein weiterer Beitrag zur Receptionsgeschichte gegeben werden.

III. Familienorganisation.

1. Stellung der Frau.

§ 13.

Die Kaufehe hat hier, wie überall, zu einer gewissen Unterdrückung der Frau geführt; sie hat aber auch patriarchale Verhältnisse geschaffen. Daher

1. die Frau folgt dem Mann:

Die Frau folgt dem Manne nach dessen Wohnsitz (Merker).

So auch Puder von den Waniamwesi:

Die Frau folgt dem Manne nach dem Wohnsitz, nicht umgekehrt.

Das findet sich allerdings auch bei Völkern der freien Ehe; sodann aber

2. sie gehört dem Mann mit ihrem ganzen Vermögen.

Frau hat kein eigenes Vermögen; alles gehört dem Mann. Keine Gütergemeinschaft (Merker).

Doch ist diese Unterdrückung nicht bis zur vollständigen Unterjochung der Frau gediehen: die Familie der Frau behält immer noch einige Rechte an sie und kann sie gegen den Mann vertheidigen.

Dies zeigt sich in Folgendem:

1. Die Rechte der ehelichen und väterlichen Gewalt sind beschränkt: der Vater hat weder über die Frau noch über die Kinder ein freies Verfügungsrecht. So sagt Merker:

Der Familienvater darf weder seine Frauen noch Kinder verkaufen, verpfänden oder verleihen.

Dieser Satz erfährt jedoch sofort eine bedeutende Abschwächung: der Mann soll allerdings Frau und Kind nicht verpfänden, wohl aber kann der Gläubiger des Mannes pfandweise auf Frau und Kinder greifen und sie versklaven, wie dies später (S. 50) hervorzuheben ist.

Ja, an einer anderen Stelle sagt Merker sogar, dass der Mann Frau und Tochter verpfänden könne, nur den Sohn nicht. Die Sache wird darauf hinauslaufen, dass die Verpfändung nur im Fall dringender Noth gestattet ist, wenn sonst die Pfändung bevorsteht.

Auch von den Waniamwesi wird erzählt, dass der Vater Frau und Kinder nicht verkaufen, verleihen, verpfänden dürfe (Puder). Aber auch hier fährt Puder fort:

Hat (der Hausvater) kein Gut mehr, so kann er das Kind verkaufen oder verpfänden, um dem Schwiegersohne das Heirathsgut zurückgeben zu können.

Ebenso kann er zur Erlangung der Compositionssumme seine Sklaven und Kinder verkaufen und dafür dann bezahlen oder diese als Preis ihm übergeben, die Frau aber nicht (Puder).

In gleicher Weise wird bemerkt, dass der nichtbezahlte Gläubiger nicht nur den Mann, sondern auch seine Kinder (nicht aber die Frau) versklaven dürfe (Puder).

In Bukoba darf der Mann Frau und Kinder weder tödten, noch veräussern, jedoch darf der Gläubiger wenigstens seine Töchter pfänden und zu Sklaven machen (Richter XII S. 90).

Bei den Wadigo dagegen konnten früher die Kinder im Fall der Noth verkauft werden; das Verkaufsrecht hatten der Vater oder der Oheim — der Unterschied (ob der eine oder andere) hing wohl davon ab, ob der Vater für die Mutter der Kinder den Frauenpreis bezahlt hatte oder nicht (St. Hilaire VIII S. 206). Vgl. S. 31.

Der Gedanke, dass der Mann nicht vollständiger Herr der Frau ist; zeigt sich auch noch in Folgendem:

2. Der Ehebrecher zahlt eine Summe, von der nur die Hälfte an den Mann, die andere Hälfte aber an den Vater der Frau fällt. Es heisst bei Merker:

Wurde das Weib vom Verführer schwanger und gebar, so wird sie und das Kind Eigenthum des Verführers, der dem Mann zehn Rinder zahlen muss, von denen dieser wieder fünf an den Vater des Weibes giebt.

3. Der Mann erbt auch nicht die Habe der Frau. So sagt Merker:

Die Ehegatten beerben sich nicht gegenseitig.

In dieser Hinsicht weicht der Bericht von Johannes ab: es heisst hier, der Mann beerbe die Frau, die Kinder bekämen nur ihren Schmuck (den Bleiring), die Töchter für sich, die Söhne für ihre (künftige) Braut; nur die Häuptlingsfrau werde von ihren Kindern beerbt. Dies wird wohl so zu erklären sein, dass die anderen Frauen meist kaum etwas zu vererben haben und der Mann jedenfalls ihren Arbeitserwerb an sich nimmt.

2. Vaterrecht und Mutterrecht.

§ 14.

Aus der Kaufehe hat sich das Vaterrecht gebildet; es steht daher mit der Zahlung des Kaufpreises im Zusammenhang: wird der Preis nicht bezahlt, so macht das Mutterrecht seine Ansprüche geltend.

So erzählt Merker von den Wadschagga, es bestehe: nur Vaterrecht. Das Kind kann mit der Mutter zusammen zu deren Eltern nur in dem Fall kommen, wo der Vater des Kindes den Brautpreis für die Frau immer noch nicht an deren Vater bezahlt hat und Letzterer nicht länger warten will.

Ueberhaupt ist das Vaterrecht Herrenrecht; daher gehören die Kinder der Ehefrau dem Ehemann, auch wenn sie nicht von ihm gezeugt worden sind; so insbesondere, wenn die Frau beim Pfandgläubiger und von diesem empfangen hat, wie dies später S. 52 noch zu erörtern ist; und ebenso gehört das Ehebruchkind dem Mann, wenn er es nicht dem Ehe-

brecher überlässt, was dann stattzufinden pflegt, wenn die Ehe geschieden wird und die Frau dem Ehebrecher folgt. So namentlich bei den Wadigo (St. Hilaire VIII S. 206).

So kommt es auch vor, dass der Mann den Ehebruch absichtlich duldet, um die Ehebruchkinder zu erlangen (St. Hilaire VIII S. 207).

Noch deutlicher ist dies bei den Wapare ersichtlich: erhält bei der Ehescheidung der Mann den Frauenpreis nicht völlig zurück, so bekommt der Ehemann auch das erste Kind, das die Frau bei der folgenden Ehe zur Welt bringt! (Storch VIII S. 322 f.). Oben S. 21.

Die Beziehung des Vaterrechts zum Frauenpreis tritt bei einigen Stämmen, wie bei den Wapare, auch darin hervor, dass nach Geburt eines Kindes ein Zusatz bezahlt werden muss (Storch VIII S. 320); ebenso bei den Wambugu (Storch VIII S. 324) und bei den Wachambaa und Wakilindi (Storch VIII S. 312). Vgl. oben S. 16.

§ 15.

Im Uebrigen ist die Entwickelung des Vaterrechts keine völlig gleichmässige, weshalb wir hier die Völkerschaften scheiden und zuerst die Wadschagga behandeln müssen.

Bei diesen zeigt sich das Vaterrecht in Folgendem:

1. Der Vater giebt die Tochter zur Ehe und bezieht den Kaufpreis.

Die Frau wird von ihrem Vater bezw. von dessen Erben zur Ehe gegeben. Einwilligung der Frau ist erforderlich (Merker).

2. Der Verdienst der Kinder gehört dem Vater und er kann Gesindeverträge für sie abschliessen, wovon unten (S. 53) zu handeln ist.

So ist auch:

3. das Erbrecht ein patriarchales, und zwar ein patriarchal-agnatisches im strengen Sinn: die Tochter wird regelmässig von der Erbfolge ausgeschlossen, denn ihre Erbschaft käme ja mit

ihr in die Herrschaft einer fremden Familie. Darum heisst es bei Merker:

Vom Vater erbt der Sohn oder die Söhne; ist kein Sohn vorhanden, so erbt der Bruder[24]). . . . Die Töchter erben nur den Schmuck ihrer Mutter[25]). Die Weiber des Vaters erbt dessen Bruder. Sind die Söhne noch zu jung, um das Erbe des Vaters sofort antreten zu können, so wird es bis zu ihrer Grossjährigkeit vom Bruder des Vaters verwaltet[26]).

Die Theilung unter die Söhne geschieht übrigens nicht gleichmässig, sondern so, dass der Aelteste und der Jüngste einen Voraus bekommen, der erstere offenbar, weil er die Familie übernimmt, der letztere, weil er am längsten im Hause geblieben und zum Hause beigesteuert hat. So erfahren wir von Merker:

Das Erbe vertheilt sich auf die Söhne so, dass der Aelteste den relativ grössten Antheil davon erhält, den nächstgrössten bekommt der jüngste Sohn; die im Alter dazwischen stehenden erhalten den Rest zu gleichen Theilen.

Das Vaterprincip zeigt sich:

4. sehr bedeutsam im Sklavenrecht: das Kind des Sklaven ist wieder Sklave, auch wenn die Mutter eine Freie ist.

Kinder von Sklaven sind Sklaven, auch wenn der Sklave ein freies Mädchen geheirathet hatte (Merker).

Ebenso im Ständerecht, wie unten (S. 41) erhellen wird. Es zeigt sich

5. in der Namengebung:

Den Namen bekommt das Kind durch seinen Vater (Merker).

6. Das Vaterrecht besteht namentlich in der Häuptlingsfamilie.

Das Land wird von einem Häuptling regiert, der diese Würde vom Vater geerbt hat und auf den Sohn später vererbt (Merker).

---

[24]) Aehnlich der Bericht von Johannes; ferner Volkens S. 253.

[25]) Dies ist namentlich ein Bleiring für den Arm.

[26]) Auch Johannes spricht von einer Vormundschaft, die durch den Häuptling oder einen von ihm bezeichneten Verwandten geführt werde. Vgl. noch unten S. 32 f.

Die Würde erbt regelmässig an den ältesten Sohn der Hauptfrau; so auch der Bericht von Johannes; vgl. S. 24, 71.

Einige wenige Ueberreste des Mutterrechts sind allerdings auch bei den Wadschagga nicht zu verkennen. So fallen die Töchter bei der Scheidung an die Mutter.

Nach der Scheidung bleiben die Söhne beim Vater, die Töchter und ein eventuell männlicher Säugling gehen mit der Mutter; letzteren kann der rechtmässige Vater nach Entwöhnung gegen Entschädigung für Pflege zurückverlangen (Merker).

Dies ist bei vielen Völkern offenbar eine utilitare Beibehaltung eines Zuges des Mutterrechts.

Auch sonst bricht das alte Mutterrecht hervor, so insbesondere in der hervorragenden Stellung, welche die Mutter des Häuptlings im Rath der Grossen einnimmt, wovon noch (S. 73) die Rede sein wird.

So weit die Wadschagga.

§ 16.

Auch die Bukobaleute haben strenges Vaterrecht; es erben die Söhne mit Ausschluss der Töchter und die Kinder folgen der Kabila des Vaters; nicht der mütterliche, sondern der väterliche Ohm hat eine besondere Autorität (Richter XII S. 83, 84) — natürlich: er ist der zweite Vater.

Ebenso findet sich das Vaterrecht bei den Waschambaa; namentlich gilt hier und bei den Wakilindi der Satz, dass das eheliche Kind eines Freien frei, eines Sklaven Sklave ist: die Vaterschaft entscheidet (Storch VIII S. 319); im Erbgang schliessen die Söhne die Töchter nicht völlig aus, sie bekommen aber einen grösseren Theil (Kötzle). Das Vaterrecht gilt auch hier vor allem in der Häuptlingsfamilie (Storch VIII S. 317).

Andere Stämme sind mehr im Mutterrecht zurückgeblieben. So die Wasagara; hier erbt der Verwandte durch die Mutter, das Kind nur ausnahmsweise, und zwar das Kind der Sklavin, nicht das der Freien.

Link sagt darüber:

Uebereinstimmend erbt bei den Wasagara und Waniamwesi, wenn ein ndugu[26a]) vorhanden ist, dieser. Da als solcher „ndugu" nöthigenfalls auch ein männlicher Anverwandter der weitläufigsten Verwandtschaft gilt, ist die Erbfolge selten in Frage getellt....

Ist aber doch einmal kein ndugu vorhanden, so erben bei den Waniamwesi die Kinder der manamke — rechtmässigen Frau — bei den Wasagara dagegen auffälligerweise nicht diese, sondern diejenigen der suria des Kebsweibes. Söhne gehen den Töchtern vor (Link).

Dass der Sohn der Sklavin dem Sohn der rechtmässigen Frau vorgeht[27]), ist sehr begreiflich und kommt auch bei anderen Bantus zu[28]). Der Sohn der Sklavin steht ja auch bei Mutterrecht in der Herrschaft und damit in der Familie des Vaters, nicht der Sohn der freien Frau.

Ueber die Waniamwesi, von denen schon der vorige Berichterstatter handelt, haben wir besondere Nachrichten von Puder. Er sagt:

Es besteht Vaterrecht, Kinder werden nicht getheilt. Waren Eltern nicht verheirathet, nur zusammengelebt, dann Mutterrecht.... Wenn Oheim vorhanden, erbt dieser das Vermögen, nicht der eigene Sohn. Ist Vater und Oheim todt und beide haben Söhne, erbt jeder Sohn von seinem Vater. Söhne sind frei, wenn Vater frei; es richtet sich stets nach dem Vater.... Den ganzen Kaufpreis bezieht nur der Vater.

Wir sehen hier den Uebergang: der Familienstand wird vom Vater bestimmt, das Erbrecht ist theilweise noch uterin; nur wenn, wie im Falle des gemeinsamen Todes von Oheim und Vater, kein wesentliches Interesse mehr an der uterinen Folge besteht, wird sie verlassen; jedenfalls auch dann, wenn kein Oheim und kein Neffe vorhanden ist. Im Uebrigen be-

---

[26a]) = Agnat.

[27]) Dies wird auch von Gravert bestätigt.

[28]) Negerrecht S. 6 f. Daher auch der Satz: der Sohn der bezahlten Frau gehört dem Vater, der Sohn der noch nicht bezahlten Frau erst, wenn der Preis nachgezahlt wird. Vgl. Livingstone, Erforschungsreisen (Spamer 1860) S. 308. Bezüglich der Baronga vgl. Zeitschr. XIV S. 468. Vgl. auch oben S. 26.

steht, wie Puder beifügt, in der Erbfolge kein Unterschied zwischen Söhnen und Töchtern.

Auch hier hat sich das Vaterrecht besonders in der Häuptlingsfamilie entwickelt. So heisst es:

Nachfolger ist der Sohn des Gestorbenen oder der Bruder oder der Sohn des Bruders (Puder).

Bei den Warangi ist das Namenrecht gedoppelt: vom Vater bekommt das Kind den Namen seines Bruders, von der Mutter den ihres Bruders: je nach dem Uebergewicht von Vater oder Mutter wird der eine oder andere Namen gebraucht (Baumstark XIII S. 55).

Spuren des Mutterrechts finden sich besonders bei den südlichen Stämmen unseres ostafrikanischen Gebietes, bei den Stämmen um Lindi und Milandani.

So sagt Ewerbeck:

Bei den Eingeborenen des Hinterlandes bekommen die Kinder bei dem Tode des Vaters nur das, was ihnen bei Lebzeiten des Vaters von diesem geschenkt ist, alles Andere bekommen die Kinder des Bruders der Frau. Die Jumbenwürde erbt gleichfalls der älteste Sohn von dem Bruder der Frau des Verstorbenen.

Und ähnlich erzählt von Rode:

Wenn ein Freier der Makonde oder Maraba . . . stirbt, erben nicht die Kinder des Verstorbenen, sondern die Kinder seiner Geschwister, während Erstere mit einigen Geschenken abgefunden werden.

Daher fällt bei den Lindistämmen auch der Frauenpreis nicht an den Vater, sondern an den Mutterbruder der Frau — wenigstens bei den von aussen noch wenig berührten Stämmen des Binnenlandes.

Ewerbeck sagt in dieser Hinsicht:

Allgemein verbreitet ist das Recht, dass erst das Heirathsgut den Eltern der Braut (bei den Küstenbewohnern), dem Bruder der Mutter (bei den Eingeborenen des Hinterlandes) ausgehändigt sein muss, ehe die Ehe geschlossen und gültig wird.

Hier ist der spätere Uebergang zum Vaterrecht handgreiflich.

Als Mittelding zwischen Mutter- und Vaterrecht dient auch die tutela fructuaria, die Erbvormundschaft, die sich bei

Bantustämmen in der Art findet, dass der Bruder das Erbe lebenslänglich erwirbt und geniesst, aber die Kinder erhalten muss; so bei den Wambugu (Storch VIII S. 326); so bei den Waschambaa und Wakilindi (Storch VIII S. 317, 318).

Ziemlich volles Mutterrecht haben die Digostämme bei Tanga: sie haben Mutterrecht mit Erbsystem in Parentelgliederung; es erben:

1. die uterinen Geschwister;
2. die Mutter;
3. die uterinen Geschwister der Mutter;
4. die Kinder der uterinen Schwester;
5. die mütterliche Grossmutter;
6. ihre uterinen Geschwister u. s. w.

(So St. Paul-Hilaire VIII S. 196).

Allein auch hier ist der Uebergang zum Vaterrecht zu bemerken, und zwar in eigenartiger Weise:

a) Ist der Fraupreis für die Frau bezahlt, so gehören zwar im Allgemeinen die Kinder der Frau dem Oheim, allein der Vater bekommt bei der Verheirathung der Tochter einen Theil des Frauenpreises, neben dem Oheim, und zwar den Haupttheil: er bekommt zwei Kühe und einen Ochsen, der Oheim nur eine Kuh und noch ausserdem zwei Ziegen oder Schafe. Ist der Frauenpreis nur theilweise bezahlt, so vermindert sich entsprechend der Antheil des Vaters, jedoch mit dem Recht der Nachzahlung.

Dem Fall des nichtbezahlten Kaufpreises steht es gleich, wenn der Mann sich bei der Scheidung den Frauenpreis zurückzahlen lässt: dann verliert er alles Recht an den Kindern, als wie wenn er die Frau ohne Frauenpreis geheirathet hätte.

b) Die Ehefrau fällt zwar, wie oben S. 22 bemerkt, wenn sie Wittwe wird, regelrecht mit ihren Kindern an den Oheim oder die sonstigen uterinen Verwandten des Mannes; dies ist aber nicht der Fall, wenn der Oheim bei der Verheirathung des Mannes ihm nicht mindestens einen bestimmten Theil des Frauenpreises erlegt hat; hat er dies nicht gethan,

so zahlt für ihn der Vater: damit hat er den Sohn aus der Gewalt des Oheims gelöst, und damit auch dessen Frau (St. Hilaire VIII S. 205, 206 f.).

Dass wir hier eine Entwickelung vor uns haben und dass das Vaterrecht das spätere, das Mutterrecht das ursprünglichere ist, kann nur der verkennen, der sich vor diesen Thatsachen verschliesst [29]).

Und dass insbesondere das Sklavenrecht zur Befruchtung des Vaterrechts beigetragen hat, ist klar ersichtlich; es ergiebt sich noch aus Folgendem: bei den Wadigo, wo Mutterrecht gilt, hat sich etwas vom Vaterrecht in der Gestalt eingeschlichen, dass die Söhne eventuell für die Schuld des Vaters einstehen müssen, und hier zunächst der Sohn ein suria (Sklave), dann eventuell der einer Freien (St. Hilaire VIII S. 199). Ueber die Erbvormundschaft vgl. S. 32, 44.

§ 17.

Mit dem Vaterrecht treten auch die deutlichen Züge der Couvade auf: der Ehemann steht in innigem Verbande mit dem werdenden Kinde der Frau. So Merker:

Während der Schwangerschaft der Frau darf deren Mann nicht selbst schlachten, auch nicht das Fleisch vom Unterschenkel des Rindes essen.

Ebenso darf bei den Wabondei (in Usambara) der Vater, sobald sich die Wehen einstellen, bis zur Niederkunft nichts essen [30]).

Andere Bräuche gehören dem gleichfalls universellen Gedanken an, dass die Frau durch die Geburt unrein wird und der Mann daher nicht zu ihr kommen darf. So heisst es bei Merker:

Die Hütte, in der Wöchnerin und Kind sich befinden, darf der Mann nicht betreten.

---

[29]) Ueber die südlichen Stämme im portugiesischen Gebiet vergleiche, was die Baronga betrifft, Zeitschr. XIV S. 468 f.; und was die Marawis angeht, welche Vaterrecht haben, Peter in Zeitschr. f. allgem. Erdkunde VI S. 280 f.

[30]) Baumann S. 131.

Und:

Der Vater darf während der Geburt und bis circa 6 Wochen nachher nicht in die Hütte der jungen Mutter kommen.

Bei den Wabondei bekommt der Vater am 7. Tage das Kind zu sehen; vorher darf Mutter und Kind die Hütte nicht verlassen[31]; bei den Waschambaa muss der Vater 1—2 Monate der Frau und dem Kind fern bleiben (Storch VIII S. 311); bei den Warangi darf der Mann während des Wochenbettes die Hütte nicht betreten (Baumstark XIII S. 54).

C. Die Einzelperson und ihre Rechtsschicksale.

I. Der Freie.

1. Rechtsschicksale im Einzelleben.

§ 18.

Abtreibung und Kindsmord ist statthaft und häufig.

Abtreibung ist sehr verbreitet; wenn ihr Bekanntwerden auch nicht gerade zum guten Ton gehört, so ist sie doch straflos. Sie wird vorgenommen zur Verhinderung unehelicher Geburten und — fast immer, wenn eine Frau im Laufe von 1—2 Jahren nach einer Geburt wieder schwanger wird. Die Anwendung von Mitteln, um die Kindererzeugung zu verhüten, ist unbekannt. . . . Abtreibung ist straflos (Merker).

Ueber den Kindsmord der Zwillinge und der Wolfskinder ist auf das Obige zu verweisen (S. 5 f).

So bei den Wadschagga. Bei den Bukobaleuten wird Kindsmord und Abtreibung bestraft, doch soll letztere nicht selten sein (Richter XII S. 85); hier liegen jedenfalls Islameinflüsse vor; auch die Tödtung von Zwillingen oder Krüppeln kommt darum nicht vor (ib. XII S. 88): Zwillinge und Linkshänder werden aber insofern zurückgesetzt, dass sie sich nicht zur Häuptlingsnachfolge eignen (ib. XII S. 95); alterthümlich ist es, dass der Thronfolger getödtet wird, der nicht mit geballten Fäusten zur Welt kommt (ib. XII S. 95).

---

[31]) Baumann S. 131.

Die Waniamwesi nehmen eine Zwischenstelluug ein. Hier ist Abtreibung erlaubt, nur braucht sie der Ehemann nicht zu dulden; dagegen ist Kindsmord nicht gebräuchlich (Puder).

Die Nabelschnur wird aufbewahrt[32]). Bei den Waniamwesi wird sie von der Mutter stets um den Hals getragen (Puder).

§ 19.

Die Namengebung ist nicht atavistisch, sondern ominös: Meist wird der Name durch äussere Umstände bestimmt:

Knabennamen:

Barika: wenn der Vater eingewandert ist.

Detengio: wenn um die Zeit der Geburt der Vater vom Häuptling nach Begehung einer Strafthat begnadigt wurde.

Delelio: der Nachgeborene.

Marete: wenn der Vater um die Zeit der Geburt einen Elefanten in der Wildgrube fand.

Mlawi: wenn der Knabe geboren wurde, als der Vater gerade im Krieg gegen Mlawi (einen benachbarten Häuptling) war.

Mädchennamen:

Delaussi: die Nachgeborene.

Delaukiwa: wenn die Mutter bald nach der Geburt starb.

Dewikio: die Verzärtelte.

Dessalo: die Schöne.

Malima: wenn der Vater viele Rinder besitzt.

Dëura: wenn der Vater sich um die Zeit der Geburt durch Tapferkeit im Krieg ausgezeichnet hat (Merker).

Solches kommt auch bei anderen Stämmen vor, z. B. bei den Waschambaas (Storch VIII S. 313).

Oder sie ist charakterologisch, sie bezieht sich auf eine Charaktereigenschaft; so in Bukoba. Das kann natürlich nicht vom ersten Namen gelten, den das Kind bald nach der Geburt von den Eltern bekommt, sondern vom zweiten Namen, den der Mann sich später selbst beilegt oder von

---

[32]) So auch bei den Waganda im Norden des Nyansasees (Stuhlmann I S. 184).

seinen Freunden erhält, während die Frau regelmässig vom Mann ihren zweiten Namen bekommt (Richter XII S. 87)[33]).

Bei den Wabondei allerdings ist der Name atavistisch: das Kind wird nach den Grosseltern benannt[34]); ebenso bei den Waschambaa (Storch VIII S. 313), ebenso bei den Waniamwesi, wenigstens was den Jünglingsnamen betrifft (Puder); bei den Warangi entweder atavistisch (Bruder von Vater oder Mutter) oder ominös (Baumstark XIII S. 55).

Der Name wechselt mit der Persönlichkeit: einen neuen Namen erlangt der Mann daher bei der Jünglingsweihe, die Frau bei der Verheirathung.

Bei der Beschneidung wechselt der Jüngling seinen Namen, indem er einen selbstgewählten annimmt. Das Mädchen wechselt ihren Namen bei der Verheirathung und zwar giebt ihr der Mann einen neuen, nach seiner Wahl (Merker).

So heisst es von den Waniamwesi:

Gegen 15 Jahre wechselt er den Namen, erhält den Namen irgend eines Vorfahren (Puder).

Die Sitte mancher Stämme, dass der Vater sich nach seinem Erstgeborenen benennt (Vater des A), eine Sitte, die sich z. B. bei den Wabondei findet[35]), ist sicher den Arabern entlehnt.

§ 20.

Als Jünglingsweihe gilt die Beschneidung (bei Mädchen die analoge Procedur, die auch so genannt werden mag). Wie überall, werden die Kinder während der Jünglingsweihe von der Gesellschaft ausgeschieden; wie überall, nehmen sie eine neue Seele an, und sie wechseln (wenigstens die Knaben) ihren Namen.

Durch die Beschneidung gelten Knaben und Mädchen für erwachsen. Letztere dürfen bis zur Heilung die Hütte ihrer Mutter nicht verlassen.

---

[33]) Ominös oder charakterologisch bei den Waganda im Norden des Nyansa (Stuhlmann S. 184).

[34]) Baumann S. 131.

[35]) Baumann S. 131.

Erstere ziehen während der Zeit der Heilung zu 3 bis 5 in flüchtig gebaute Hütten, wohin ihnen ihre Angehörigen Lebensmittel bringen (Merker).

Aehnlich auch Johannes. Die Beschneidung ist ein allgemeiner Bantubrauch[36]) und es ist abwegig, wenn Stuhlmann S. 843 behauptet, dass die Wadschagga sie von den Nilvölkern entlehnt hätten.

Unrichtig nimmt auch Baumann bezüglich der Wassegeju an der Usambaraküste, die sich beschneiden lassen, moslimische Einflüsse an[37]), während doch höchstens gesagt werden kann, dass der Islam dazu beigetragen hat, dass die Einrichtung sich erhielt und von der Jünglingszeit in die Zeit der Kindheit verlegt wurde.

Sie findet sich auch bei den Wabondei[38]) (vorgerückt in das 2te Jahr); bei den Wadigo[39]), ebenso bei den Warangi (Baumstark XIII S. 49): hier im Alter von 8 bis 10 Jahren, hier auch das Analogon bei den Mädchen.

Manche Stämme kennen aber auch noch eine förmliche Jünglingsweihe, die bei anderen verloren gegangen zu sein scheint.

Bei den Wabondei heisst die Jünglingsweihe Galo; sie besteht

a) im Anbringen der Stammesmarke durch Hautritze,

b) in einem Aufenthalt in der Wildniss, wo die Knaben eine phantastische Tracht haben und mit dem Zauberdoctor (Mganga) wohnen[40]).

Die Jungfrauenweihe heisst Kiuanga und besteht gleichfalls im Anbringen der Stammesmarke und in einem (kürzeren)

---

[36]) Vgl. Negerrecht S. 17 f.

[37]) Baumann, Usambara S. 29.

[38]) Baumann S. 131.

[39]) Baumann S. 146.

[40]) Baumann S. 132. Die Beschneidung ist (wie bemerkt) in die Kindeszeit verlegt und hat daher den Charakter der Jünglingsweihe abgelegt. Bei den nilotischen Lendu erfolgt sie im 7.—8. Jahre (Stuhlmann I S. 540).

Aufenthalt in der Wildniss, nach dessen Schluss ein Fest gefeiert wird[41]).

Dem Galo ähnlich ist der Arama bei den Waschambaa (Storch VIII S. 311).

Bei den Wambugu ist noch Jünglings- und Jungfrauenweihe in Uebung; die Jünglinge ziehen sich an einen heiligen Ort zurück, der je nach Art der Familie verschieden bestimmt wird; die Mädchen werden eine Zeit lang in eine Hütte eingesperrt (Storch VIII S. 324).

Bei den Waniamwesi ist die Jungfrauenweihe übrig geblieben.

Wenn diese das erste Mal die Regel bekommen, wird Goma geschlagen und getanzt. Das Mädchen selbst verhüllt während dieser Tage ausserhalb des Hauses ihr Gesicht und reibt sich mit Oel, Mehl oder Butter das Gesicht ein. Beschneidung nein.

Tättowirung nicht üblich bei den Männern.

Die Mädchen, wenn sie reif werden, tätowiren ihr Gesicht mit einem Rasirmesser von der Mitte der Stirn bis zum Nasenanfang und an den Schläfen bis zur Mitte der Wange mit kleinen nebeneinanderliegenden Schnitten. In die Wunden wird das Blut kleiner schwarzer Würmer hineingethan, damit die Striche für ewig schwarz bleiben (Puder).

Vor der Jünglings- oder Jungfrauenweihe darf nicht geschlechtlich verkehrt werden; dies wäre ein Gottesfrevel, der vielfach furchtbar gesühnt wird (vgl. S. 14, 61); das Kind wird auf jeden Fall getödtet (oben S. 6).

§ 21.

Die Adoption ist als Kaufsinstitut entwickelt, ebenso wie die Ehe; sie ist aber nicht mehr sehr häufig: die gruppenehelichen Gedanken treten eben zurück. So sagt Merker:

Ausnahmsweise kommt es vor, dass ein Djagga seine Töchter verkauft. Sie tritt dann zum Käufer in ein Adoptiverhältnis und gilt vollkommen als dessen eigenes Kind, ist also auch erbberechtigt. Das Verhältnis des Mädchens zu seiner eigenen Familie wird durch den Verkauf ganz gelöst.

---

[41]) Baumann S. 133.

Dies scheint früher häufiger vorgekommen zu sein:

Früher kam es vor, dass ganz arme Leute ihre Töchter an andere Familien verkauften oder die Söhne an den Häuptling. Die Verkauften wurden nicht Sklaven, sondern Mitglieder dieser fremden Familien und als solche erzogen und behandelt (Merker).

§ 22.

Die Blutsbrüderschaft ist, wie in ganz Ostafrika, sehr verbreitet. Sie erfolgt durch Blutsvermischung; dazu kommt Vermischung durch Speichelmittheilung und durch Kleidungstausch (im Kleid steckt nach allgemeiner Vorstellung ein Stück Seele). Ausführlich wird uns die Blutceremonie von Merker geschildert:

Blutsbrüderschaft besteht. Wird dieselbe zwischen den Häuptlingen zweier Stämme geschlossen, so dürfen sich diese nicht gegenseitig bekriegen. Zwischen Privatleuten bedeutet sie nur ein enges Freundschaftsverhältniss. Die Ceremonie ist folgende:

Es wird eine Ziege oder ein Schaf, dessen Leber tadellos gesund sein muss, geschlachtet. Den Betheiligten, die auf einem Fell direkt gegenüber sitzen, wird ein kleiner Schnitt in den rechten Oberarm gemacht. Jeder wischt das hervorquellende Blut mit einem Stückchen Fleisch des eben geschlachteten Thieres ab und steckt es seinem Partner in den Mund; dies wird 6-, 8-, 10mal wiederholt. Hierauf reibt Jeder die blutende Stelle an der Hüfte des Anderen mehrere Male. Dann gehen sie in eine Hütte und vertauschen gegenseitig ihre Kleidung, die sie erst am anderen Morgen wieder auswechseln. Nach Vertauschung der Kleidung bekommt Jeder aus dem Mund des Anderen direkt in den seinigen einen Schluck Milch oder Pombe (Merker).

Früher bestand bei den Wadschagga auch die Bündnissform des Kischongo, indem von der Stirnhaut einer geschlachteten Ziege zwei Ringe geformt wurden, welche die Blutsfreunde tragen mussten[42]).

An anderen Orten sind ähnliche Gebräuche üblich, aber mit mannigfaltigen Aenderungen. So in Bukoba, wo beide von einem hierwegen geschlachteten Rinde essen und ein Jeder sich am Bauche ritzt und eine Kaffeebohne in die Wunde

---

[42]) Volkens S. 255.

taucht, die der Andere verzehrt (Richter XII S. 88). Und Aehnliches erzählt Stuhlmann aus Uganda:

Jeder brachte sich einen Schnitt in die Herzgrube bei; in das hervorquellende Blut wurde eine halbe Kaffeebohne getaucht und sodann auf der Handfläche präsentirt, von welcher sie der Andere mit den Lippen aufnehmen musste[43]).

Die Waniamwesi

ritzen sich mit Messer ein (Hand oder Arm), bis Blut kommt. Dieses wird dann wechselseitig mit Pombe vermischt und getrunken (Puder).

Ein gegenseitiges Anrecht auf Weiber oder Kinder wird durch die Blutsbrüderschaft nicht herbeigeführt (so Puder bezüglich der Waniamwesi).

Auch die Pelagenossenschaft (Blutsbrüderschaft unter Gemeinden und Stämmen) kommt vor.

Blutsbrüderschaft zwischen einzelnen Stämmen wird durch die Häuptlinge geschlossen (Merker).

Vgl. auch oben S. 40.

2. Sociale Stellung.

§ 23.

Vom Ständerecht findet sich Folgendes:

Die Personen, welche mit der Eisenbearbeitung umgehen, nehmen, wie bei den Bantus häufig, eine Sonderstellung ein; sie bilden eine privilegirte Classe: denn die Kunst der Eisenarbeit ist bei diesen Völkern von aussen eingeführt, sie ist eine Art Geheimlehre und ist doch für die Existenz des jeweiligen Stammes wesentlich.

So sagt uns Merker:

Eine besondere Stellung nehmen die Handwerker ein, besonders die Schmiede (Speere und Schwerter); das Geschäft vererbt sich vom Vater auf den Sohn. Söhne anderer Familien erlernen das Handwerk nicht.

---

[43]) So nach dem Bericht in der Vossischen Zeitung vom 8. November 1892 über Stuhlmann's Vortrag vom 5. November 1892 in der Berliner Gesellschaft für Erdkunde. In den Verhandlungen der Gesellschaft XIX S. 487 f., 489 f., wo der Vortrag sonst wiedergegeben ist, findet sich diese Stelle nicht.

Ein Adel, wie in Uganda[44]), scheint sich bei unseren Bantustämmen wenig entwickelt zu haben. Als Adel kann es nur gelten, wenn bisweilen ein überwiegender Stamm, wie die Wahuma, die Wakilindi, die Oberherrschaft gewinnt und sich Privilegien anmasst, denen die übrigen sich beugen (vgl. z. B. Storch VIII S. 314): hier beruht der Adel auf dem ethnischen Unterschied der Bevölkerung[45]).

II. Der Sklave.

§ 24.

Das Banturecht hat die Sklaverei als Kriegs- und als Schuldsklaverei entwickelt.

So Merker über die Wadschagga:

Es giebt Kriegssklaven und Schuldsklaven. Erstere: im Krieg erbeutete Weiber und Kinder. Männer werden im Krieg nicht gefangen, sondern getödtet.

Letztere sind durch ein Vergehen oder Verbrechen, z. B. einen Diebstahl, da sie das Gestohlene nicht ersetzen konnten, zu Sklaven geworden.

Und so bei anderen Stämmen, z. B. bei den Wabondei[46]), bei den Waschambaas und Wakilindi (Storch VIII S. 319). Und von den Waniamwesi heisst es, dass der Ursprung der Sklaverei Krieg oder Hungersnoth sei (Puder).

Die Schuldsklaven scheinen bei manchen Stämmen allerdings mehr Pfandlinge zu sein; denn es wird berichtet, dass sie oder ihre Kinder nach Abarbeitung des Schuldbetrages frei werden[47]).

§ 25.

Theoretisch ist die Sklaverei sehr streng. So heisst es bei Merker:

---

[44]) Darüber Stuhlmann I S. 190.

[45]) Vgl. Stuhlmann in der Berliner Gesellschaft für Erdkunde XIX S. 489.

[46]) Baumann S. 141.

[47]) Volkens S. 248 f.

Sklaven sind nicht vermögensfähig. Der Herr darf den Sklaven verkaufen, misshandeln, sogar tödten.

So sagt auch Ewerbeck aus Lindi:

Ein Sklave hat kein Eigenthum; alles, was er besitzt oder erwirbt, gehört seinem Herrn. . . .

So erzählt Puder über die Waniamwesi:

Das Vermögen des Sklaven fällt dem Herrn zu. Der Sklave lebt mit dem Herrn zusammen, wenn viele Sklaven, alle zusammen getrennt vom Herrn (Gruppensklaven). Der Herr darf den Sklaven misshandeln, tödten und verkaufen.

Dies wird aber in Praxis nicht so streng gehandhabt. So berichtet Puder über die Waniamwesi:

Wenn der Sklave sehr gut mit seinem Herrn steht, wird Letzterer ihn nicht mehr als Sklaven, als Bruder, Freund behandeln und kann der Sklave den Herrn dann beerben und seine Frauen bekommen und mit ihnen zusammenleben (Puder).

Auch von den Wakondei wird eine milde Sklavenbehandlung bestätigt[48]); ebenso von den Waschambaa und Wakilindi, wo man ihnen ihr Gut lässt und sie nur verpflichtet, dem Herrn Beihülfe zu leisten (Storch VIII S. 319).

Auch kann der Sklave mit Genehmigung des Herrn eine Ehe eingehen, selbst mit einer Freien (so Gravert bezüglich der Wasagara).

Kinder der Sklaven werden hier, wie in Kamerun[49]), Halbsklaven. So bei den Waniamwesi (Puder).

Besondere Milderungen zeigt uns der Bericht Links über die Wasagara, wobei allerdings nicht zu übersehen ist, dass hier der Einfluss des Islam mit seinem milden Sklavenwesen wohl kaum abzulehnen sein dürfte. Link sagt:

Das Verhältniss der Sklaven zu ihren Herren ist das denkbar mildeste, auch die Eigenthumsverhältnisse sind durchaus erträgliche. Zwar ist das Eigenthum des Sklaven zugleich Eigenthum des Herrn; z. B. würde vom Sklaven gefundenes oder erbeutetes Elfenbein oder von Ziegen des Sklaven zur Welt gebrachte Jungen dem Herrn mitgehören. Auch sind die Kinder eines Sklaven ohne Weiteres wieder Sklaven.

---

[48]) Baumann S. 141.

[49]) Negerrecht S. 14.

Aber es ist nicht Sitte, etwa von 50 Ziegen des Sklaven gleich 25 fortzunehmen oder zu verlangen, sondern je nach Bedarf nur eine oder zwei und auch diese nur nach Rücksprache mit dem eigentlichen Besitzer. Ganz besonders aber ist hervorzuheben und bemerkenswerth, dass sich das Eigenthumsrecht des Herrn auf die eigentlichen Mundvorräthe und Feldfrüchte nicht mit erstreckt. So wurde mir auf meine hierauf bezügliche sorgfältig gefasste Frage, was geschähe, wenn beispielsweise die Heuschrecken die Schamben des Herrn völlig vernichteten, die des Sklaven dagegen verschonten, die Antwort, dass dann der Herr sehen müsse, wo er bleibe, der Sklave brauche ihm der Sitte gemäss von den Feldfrüchten nichts zu geben. Auch ist es nicht die Regel, eigene Sklaven zu verkaufen, nur in Fällen sehr schlechter Führung und bei Einverständniss des zu Verkaufenden würde kein Verstoss gegen die Sitte darin gefunden werden.

Dass hier das Islamrecht eingewirkt hat, ist auch in anderen Zügen des Wasagararechts zu erkennen: die suria (Sklavin), die vom Herrn Kinder hat, darf nicht verkauft, das Kind darf nicht vor dem 6ten Jahre von der Mutter getrennt werden (Gravert). Dies ist Islamrecht[50]).

Auch in Bukoba zeigt sich dieser Einfluss: das Kind einer Sklavin mit ihrem Herrn soll frei sein[51]), der Sklave gilt selbst als klagefähig (Richter XII S. 87).

Ebenso in Kilwa, wo die Freilassung der Sklaven eine Rolle spielt, und wo sich der Sklave, der von seinem Herrn zu hart behandelt wird, über ihn beklagen und im wiederholten Falle seine Veräusserung verlangen kann (Eberstein IX S. 179)[52]).

Dagegen ist dem Banturecht das Institut der Erbvormundschaft (tutela fructuaria) eigen: dieses Institut (oben S. 32 f.) findet sich auch in Anwendung auf den vom Erblasser eingesetzten Sklaven, der dann natürlich frei wird, der das Vermögen, so lange er lebt, verwaltet und geniesst, und die Familie unterhält. Es findet sich in dieser Weise bei den Wadigo (St. Hilaire VIII S. 198).

---

[50]) Rechtsvergleichende Studien S. 15, Zeitschr. VI S. 240.

[51]) Rechtsvergleichende Studien S. 12.

[52]) Rechtsvergleichende Studien S. 12 f., Z. XII S. 7.

§ 26.

Der Herr haftet, wie nach allgemeinem Banturecht, für die Schulden des Sklaven, aber mit dem Recht, ihn zu übergeben und sich dadurch zu befreien. So sagt Merker:

Der Herr haftet für die Schulden der Sklaven. Sind die Schulden grösser, als der Sklave werth ist, so übergiebt der Herr den Sklaven dem Gläubiger und befreit sich so von der Zahlung der Schuld. Für Missethaten haftet der Sklave selbst; wenn er sich dessen durch die Flucht entzogen hat, so ist der Herr haftbar.

Noch deutlicher wird das Recht der „Noxae datio" von Kötzle bezüglich der Waschambaa bezeugt; ebenso von Gravert bezüglich der Wasagara, und in eigentümlicher Ausgestaltung gilt es in Lindi:

Wenn ein Sklave den Sklaven eines anderen Herrn mordet, so wird der Mörder von seinem Herrn an einen anderen Platz gebracht, ein Sklave eingetauscht und dieser dem Herrn des Ermordeten als Ersatz gebracht (Ewerbeck).

Hier wird also nicht der Thäter als Ersatzmittel übergeben, offenbar um auf der einen Seite den Verletzten zu befriedigen und auf der anderen Seite seine Wuth nicht zu erregen.

Als ungebräuchlich wird die Noxae datio bei den Waniamwesi bezeichnet; so von Puder:

Der Herr bezahlt nicht die Schulden des Sklaven, haftet aber für die Missethaten. Es ist nicht Sitte, durch Uebergabe des Sklaven sich davon zu befreien.

Das Bondorecht, d. h. das Mittel, sich von dem Herrn zu befreien, indem man einem anderen Mann eine wirkliche oder scheinbare Beleidigung zufügt[53]), hat sich nicht entwickelt. Es heisst:

Freilassung nur durch Willen des Besitzers (Merker).

Von selbst ist das Bondorecht bei den Waniamwesi ausgeschlossen (Puder).

---

[53]) Negerrecht S. 13.

D. Vermögensrecht.

I. Eigenthum.

§ 27.

Die communistischen Vorstellungen sind möglichst zurückgedrängt.

Das Eigenthum gehört dem Einzelnen. Communistische Verhältnisse bestehen nicht.

Einen Anspruch auf Gastfreundschaft und Unterstützung hat der fremde Wanderer nicht.

Gefundene herrenlose Sachen gehören dem Finder. Der Eigenthümer einer verlorenen Sache hat das Recht, sie gegen Zahlung eines Finderlohns vom Finder zurückzuverlangen. Wird der Finderlohn verweigert, so gewinnt der Finder Eigenthumsrecht am Funde.

Erlegtes Wild gehört dem Jäger. Wild, was sich in Gruben fängt, gehört dem Besitzer der Grube. Dieser belohnt den, der das Wild zuerst findet (Merker).

Auch bei den Waniamwesi hat (wie Puder berichtet) nur der Freund oder Verwandte Aussicht auf Gastfreundschaft.

Nur der eine Zug des Communismus ist geblieben: das Gegengeschenk. Die Schenkung ist nur die Veranlassung eines Besitzaustausches unter den Genossen.

Auf Schenkung folgt Gegenschenkung, die grösser als erstere ist, wenn der Beschenkte reicher ist als der Schenkende und umgekehrt (Merker).

Ebenso bei den Waniamwesi:

Auf Geschenk stets Gegengeschenk (Puder).

§ 28.

Das Landeigenthum geht vom Stamme, vom Häuptlinge aus. Es heisst zunächst:

Gemeindeland ist alles unbebaute Land in der Landschaft, insofern als Jedem das Recht zusteht, darauf Vieh zu weiden, Gras zu schneiden, Bäume zu fällen etc. (Merker).

So auch Johannes:

Auch aus Lindi wird erzählt:

Dickicht „Msit“ kann von Eingeborenen des Ortes (watoto wa mij) ohne Weiteres bebaut werden, nicht von fremd Anziehenden (Ewerbeck).

Durch den Häuptling aber bekommt die einzelne Familie ihr Land, und hierbei gilt schon die Erweiterung:

1. das Land verbleibt der Familie, auch wenn es nicht bebaut wird,
2. es vererbt sich auf die Söhne,
3. ja es besteht schon eine Art Veräusserung.

Ueber alles dieses finden wir Auskunft bei Merker:

Grund und Boden vertheilt der Häuptling, dem daran liegt, dass das Land gut bestellt wird und für all seine Leute nach Möglichkeit gut gesorgt ist. Er kann dem Einzelnen das ihm gegebene Land auch wieder wegnehmen. Nichtbenutzung des Landes hat dessen Verlust nicht zur Folge. Die Schamben eines Mannes fallen bei dessen Tod an seine Söhne. Bei Lebzeiten kann der derzeitige Besitzer von seinem Land nichts verkaufen. Will ein anderer einen Theil der Schamben haben, so kann er sie durch Vermittelung des Häuptlings erhalten, hat jedoch den bisherigen Besitzer für die darauf befindlichen Feldfrüchte durch Zahlung von Vieh zu entschädigen.

Daraus ergiebt sich schon die Gestalt der Veräusserung: die Veräusserung kann ursprünglich nur erfolgen durch Auftragung an den Häuptling und Wiederverleihung; der Kaufpreis wird nicht für das Land bezahlt, sondern für die Landverbesserungen.

Das Gleiche wird bei den Waniamwesi anzunehmen sein. Von ihnen sagt Puder:

Das Land geht durch Nichtgebrauch verloren, wenn der Häuptling einem gestattet, herumzuziehen. Dieser kann es alsdann auch veräussern.

Dabei werden die Verwandten des Veräusserers bevorzugt. Es heist:

Verwandte haben immer Fremden gegenüber das Vorkaufsrecht, auch dann, wenn sie weniger, als Letztere bezahlen (Merker).

Letzteres deshalb, weil der Preis ja nicht eine Ausgleichung für das Land, sondern nur für Landbesserungen ist. Hier kann es nur darauf ankommen, dass eine dem Häuptling als genügend erscheinende Entschädigung gegeben wird.

Ebenso ist das Grundeigenthum vererblich:

Die Schamben eines Mannes fallen bei dessen Tode an seine Söhne (Merker).

Bei Lindi allerdings hat sich noch der Satz erhalten, dass ein dem Einzelnen zum Genusse gegebenes Grundstück zurückzustellen ist, wenn es bis zu 7 Jahre nicht benutzt worden ist.

So sagt Ewerbeck:

Ein besonderes Recht des Lindibezirks ist, dass wenn Jemand eine Schamba 7 Jahre lang nicht bebaut, keine Bäume (als Palmen, Manpos, Apfelsinen u. s. w.) gepflanzt hat, er seinen Anspruch auf das Land verliert.

In Bukoba dagegen hat sich, offenbar unter dem Einflusse der hamitischen Sultanate und der Einwirkung der Islamcultur der Grund und Boden vollständig individualisirt; das Land kann frei veräussert und verpfändet werden, jedoch so, dass die Veräusserung unter den Dorfgenossen bleiben muss. Vom unbebauten Gelände kann ein Jeder durch den Häuptling oder durch dessen Beamte erwerben (Richter XII S. 88).

Auch in Kilwa hat sich das Grundeigenthum individualistisch ausgestaltet, hier sicher unter dem Einflusse der daselbst wohnenden Araber. Vorher bestand, wie gewöhnlich, Stammeseigenthum, und dem Einzelnen gehörte das Land nur, solange er es besass und bebaute (Eberstein IX S. 170 f.).

Aehnliches gilt von den Wapare im Tangabezirk (Storch VIII S. 323) und von den Waschambaa und Wakilindi (Storch VIII S. 318).

Zum Schutz des Grundeigenthums bedient man sich verschiedener Zaubermittel; so legt man bei den Wadschagga ein Bananenblatt oder ein sonstiges Amulet vor die Schwelle: wer sie doch überschreitet wird krank oder stirbt[54]).

II. Schuld- und Pfandrecht.

1. Allgemeines.

§ 29.

Dieser ganzen Vermögensentwickelung entsprechend hat sich auch das Schuld- und Pfandrecht gebildet; das Schuld-

[54]) Volkens S. 254.

recht schon in der Art, dass man von einem zweiseitigen Vertrag zwar zurücktreten kann, aber nur am Tage des Vertrags[55]. Dabei wird allerdings das Baargeschäft bevorzugt, und Creditgeschäfte sind zwar nicht ausgeschlossen, aber selten. So Merker:

Austausch geschieht Zug um Zug; sehr selten gegen Credit. Rücktrittsrecht besteht nur am Tage des Kaufs; nachher geht die Gefahr der Sache auf den Käufer über.

Aus Kilwa wird uns erzählt, dass ehedem der Käufer nach Abschluss des Vertrags ein Stück Zeug zerriss mit der Frage: hasst du gekauft, was der Andere bejahen musste. (Eberstein IX S. 176). Damit wurde der Vertrag bindend.

Auch von den Waniamwesi heisst es, der Austausch geschehe Zug um Zug oder gegen Credit; ein Rücktrittsrecht bestehe nicht (Puder).

§ 30.

Bestärkungsmittel der Verträge sind Verfluchungen, die auch zur Betheuerung gerichtlicher Aussagen vorkommen; sie bestehen hier darin, dass der Schuldner einen schändlichen Gräuel in Aussicht stellt, falls er nicht zahle (vgl. S. 80); oder er schwört bei dem Leben oder Tod des Häuptlings. So die Waniamwesi:

Indem er sagt, ich werde meine Mutter ... oder die Schwester geschlechtlich gebrauchen, wenn ich nicht halte. Oder so wahr mein alter Sultan gestorben ist. Feierlichkeiten folgen. Händeschütteln (Puder).

§ 31.

Auch der Geldbegriff ist den Völkern nicht fremd geblieben. Als Geld ist vor Allem Vieh im Gebrauch, auch Perlen, Zeug und Zinnringe; doch ist der wahre Geldgedanke wohl erst durch ausländischen Einfluss erwachsen[56].

---

[55]) Möglicherweise liegt hier Einfluss des islamitischen (schafitischen) Rechts vor; vgl. Zeitschr. VI S. 211 f.

[56]) Vgl. Emin Bey im Ausland 1884 S. 2 f.

Merker sagt darüber:

Ein allgemeines Tauschmittel giebt es nicht, doch kommt als solches jetzt allmählich Geld in Aufnahme. Auf dem Markt werden Waaren gegen Waaren ausgetauscht. Grössere Summen werden mit Vieh bezahlt; kleinere Beträge mit Lebensmitteln oder auch Perlen, Zeug, Zinnringen, was die Wadjagga durch Verkauf von Lebensmitteln an Karawanen u. s. w. bekommen.

So bei den Waniamwesi:

Geld (Rupien, Pesos, Stoffe oder Getreide (Feldfrüchte) (Puder).

§ 32.

Der Schuldtrieb erfolgt durch Wegnahme von Eigenthum, schliesslich durch Versklavung.

Der Gläubiger nimmt vom Eigenthum des nichtzahlenden Schuldners, was er braucht, um sich bezahlt zu machen, eventuell auch Weiber, Töchter, Sklaven des Schuldners oder auch diesen selbst als Sklaven (Merker).

Dies bestätigt auch Johannes.

Von den Waniamwesi sagt Puder:

Kann etwas pfänden, den Schuldner festnehmen, dieser verrichtet dann Arbeit als Sklave und kann er ihn als solchen verkaufen, hat das Recht von selbst.

Auch bei den Wapare tritt im Fall der Nichtzahlung der Schuld Versklavung ein (Storch IX S. 321).

Und bereits früher (S. 26) wurde erwähnt, dass bei verschiedenen Stämmen der Gläubiger selbst die Kinder abpfänden kann, nur nicht die Frau.

Auch die Repressalienhaft hat sich entwickelt, wenigstens bei den Stämmen zu Lindi: man nimmt statt des Schuldners seinen Angehörigen und hält diesen so lange fest, bis der Schuldner zahlt; hierfür hat der Schuldner dem unschuldigen Gefassten Vergütung zu leisten. Dies ist so ursprünglich, dass es unmöglich durch fremde Einflüsse eingeführt sein kann. Ewerbeck sagt darüber:

Zahlt der Schuldner nicht rechtzeitig und kann derselbe nicht gefasst werden, so ergreift man den nächsten Angehörigen, ist auch einem solchen nicht beizukommen, einen Anderen desselben Dorfes, Stammes öder Weilers und setzt ihn fest. Die Angehörigen des Gefangenen setzen

alsdann ihren ganzen Einfluss ein, dass die schuldige verfallene Summe gezahlt wird. Der unschuldig Gefangene wird nach Herkommen entschädigt, die Entschädigung heisst „Mapungo“.

Die Schuld geht auf den Erben über, der aber nur mit dem Erbgut haftet. Selbst die so lange Zeit höchstpersönliche Schuld des Bürgen ist vererblich geworden (vgl. hierzu den § 33). So heisst es bei Merker:

Nur der Erbe haftet für die Schuld und zwar nur bis zur Höhe des ererbten Gutes.

Und:

Der Erbe des Bürgen haftet bis zur Höhe des ererbten Gutes.

§ 33.

So haben sich auch die zwei universellen Sicherungsmittel der Schuldhaftung entwickelt: die Bürgschaft und das Pfand.

Der Bürge haftet in moderner Weise; er befreit den Schuldner nicht; er haftet neben ihm; er haftet aushülfsweise. So sagt Merker:

Der Bürge haftet, wenn der Schuldner zahlungsunfähig ist.

Er nimmt gegen den Schuldner seinen (universalrechtlichen) Regress; so heisst es von ihm: er

sucht sich dann beim Schuldner schadlos zu halten (Merker).

In allem diesem scheint der Islam bedeutend eingewirkt zu haben; denn diese Gestaltung der Bürgschaft wenigstens zeigt die charakteristischen Züge der Islamrechts[57]).

Das ist um so wahrscheinlicher, als uns von den Waniamwesi im Gegensatz dazu berichtet wird:

Der Bürge tritt an Stelle des Schuldners (Puder).

Das Pfand ist, wie auf dieser Stufe der Entwickelung allgemein, Faustpfand; es ist Faustpfand mit Benutzungs-, aber nicht mit Fruchtziehungsrecht. So heisst es bei Merker:

Während der Pfanddauer hat der Gläubiger das Recht der unumschränkten Benützung des Pfandes — veräussern darf er es nicht, —

---

[57]) Zeitschr. VI S. 265.

auch der als Pfand gegebenen Sklaven, Sklavinnen, Weiber und Töchter (Söhne können nicht verpfändet werden). Ein Recht auf die Früchte der Pfandsache hat der Gläubiger nicht, z. B. die während der Pfanddauer geborenen Kälber von verpfändetem Vieh gehören ihm nicht. Ebenso gehören ihm die in der Pfandzeit von verpfändeten Weibern geborenen Kinder nicht, auch dann nicht, wenn er deren Erzeuger ist.

Ebenso erzählt Puder von den Waniamwesi, dass der Pfandgläubiger während der Pfanddauer ein volles Gebrauchsrecht hat (das Recht des Eigenthümers!), aber kein Recht auf die Früchte.

Die Behandlung der Pfandsache zeigt sehr fortgeschrittene Züge, die wohl der Berührung mit dem Islam zu danken sind. Denn:

1. es giebt zwar einen Verfall des Pfandes, aber auch eine nachträgliche Auslösung nach Verfall;

2. bei Verfall wird sogar eine Ausgleichung geschaffen, wenn das Pfand werthvoller ist als die Schuld.

So heisst es bei Merker:

War ein bestimmter Zahlungstermin verabredet, so verfällt das Pfand in der Praxis erst 2—3 Monate nach demselben, während welcher Zeit der Schuldner noch das Auslösungsrecht behält.

Ist das Pfand werthvoller als die Sache, wofür es gegeben wurde, so wird bei Verfall ersteres verkauft und nachdem der Gläubiger von dem Erlös befriedigt ist, fällt der Rest desselben dem Schuldner wieder zu.

Dass der Pfandgläubiger für die Pfandsache einsteht, auch wenn ihr Untergang zufällig ist, entspricht der universellen Anschauung, die insbesondere auch in Afrika verbreitet ist[58]).

Für den Untergang der Pfandsache haftet der Gläubiger; krepirt verpfändetes Vieh noch am Tage der Verpfändung, so haftet der Schuldner (Merker).

2. Besonderes.

§ 34.

Vom Kauf gilt jedenfalls der allgemeine Grundsatz, dass, wenn die Sache gestohlen ist, der Dieb den Preis zurückzuzahlen hat.

---

[58]) Vgl. Negerrecht S. 35.

Hat ein Dritter eine gestohlene Sache in gutem Glauben gekauft, so zahlt der Dieb dem jetzigen Besitzer den Preis zurück und bekommt dafür die gestohlene Sache wieder, die er nun dem Eigenthümer zusammen mit der Strafsumme übergiebt (Merker).

Das Gleiche wird aus Lindi berichtet:

Kann der Eigenthümer einer gestohlenen und wiederverkauften Sache sein Eigenthumsrecht beweisen, so erhält er die Sache zurück, dem Käufer steht die Klage gegen den Verkäufer frei (Ewerbeck).

Eine Art von Dienstmiethe wird erwähnt: die Vermiethung der Tochter durch den Vater zur Beaufsichtigung von Kindern.

Es ist üblich, dass der Vater seine halberwachsene Tochter an eine befreundete Familie vermiethet, wo ihr die Beaufsichtigung kleiner Kinder zufällt. Die Miethe wird an den Vater des ... Mädchens gezahlt (Merker).

Dagegen wird die Frau nicht ausgeliehen.

Der Ehebruchsverdienst der Frau kommt dem Mann nicht zu statten (Merker).

Handelsgesellschaften kommen bei den Waniamwesi vor:

mehrere Leute verbinden sich und handeln gemeinschaftlich (Puder).

E. Strafrecht.

I. Blutrache.

§ 35.

Das Strafrecht ist Blutrache, Gottesstrafrecht und Häuptlingsrecht. Die Blutrache für Tödtung hat die gewöhnlichen Züge:

1. sie geht von der Familie des Erschlagenen aus;

2. sie geht zwar zunächst gegen den Thäter, eventuell aber auch gegen die Familie des Thäters.

So heisst es:

Nur bei Mord herrscht Blutrache. ... Die Blutrache kann ausgeübt werden von jedem Mann der Familie des Ermordeten zunächst am Mörder

und, wenn dieser nicht zu fassen ist, an jedem Mann der Familie des Mörders.

Hat ein Weib gemordet, so kann die Blutrache nur an ihr oder ihrer Schwester ausgeübt werden (Merker).

Das Letztere scheint damit zusammenzuhängen, dass die Weiber nur als untergeordneter Theil der Familie betrachtet werden.

Eine interessante Consequenz der Familienhaftung ist folgende:

Der Mörder kann, um der Blutrache zu entgehen, seinen Sohn der Familie des Ermordeten zur Tödtung übergeben (Merker).

Ebenso erfahren wir, dass bei den Waniamwesi der nächste Verwandte oder ein Freund die Blutrache ausübt. (Puder).

Dagegen heisst es hier allerdings, die Blutrache könne nur gegen den Thäter, nicht gegen die Ortschaft oder Familie ausgeübt werden (Puder) — wohl ein Eindringen islamischer Ideen; während bei den Warangi die Blutrache mindestens gegen die Brüder des Thäters gerichtet werden darf (Baumstark XIII S. 56).

Auch die dem Banturecht eigene staffelweise Blutrache, indem man zuerst einen Anderen tödtet, dieser wieder einen Anderen, bis endlich der Thäter selbst betroffen wird, ist unsern Völkern nicht unbekannt.

Dies ergiebt sich aus dem Bericht von Rode's aus Mikindani; es wird hier der Fall erzählt: Ein Makonda klagt wie folgt: sein Nachbar (B) habe ihm ohne weiteren Grund einen Sklaven fortgenommen und ihn wissen lassen, er soll sich von dem Dorfe (C) Ersatz holen, da dieses (C) ihm (B) früher einen Mann fortgenommen habe. Dieser Brauch sei an der Küste mehr abgekommen, werde aber bei den Wajao noch geübt. Das gilt sicher nicht nur in Civil-, sondern auch in Strafsachen.

Dass die Blutrache, wenn nicht Composition und Versöhnung dazwischen tritt, ins Unendliche gehen kann, wird uns ausdrücklich gesagt:

Durch Ausübung der Blutrache ladet der Bluträcher wieder diesen Fluch auf seine eigene Familie. In der Theorie kann daher ein Mord das Hinmorden aller Männer beider Familien zur Folge haben (Merker).

Und von den Waniamwesi heisst es:

Blutrache kann immer auch bei Festlichkeiten ausgeübt werden, und es ist egal, ob nach 20 oder 50 Jahren erst (Puder).

Sonst aber giebt es ein örtliches und zeitliches Asyl; Asylstätte ist, wie fast überall, das Haus des Häuptlings.

Als Asylstätte gilt nur die Boma des Häuptlings. Ausübung der Blutrache ist unstatthaft während eines grossen Festes (Merker).

Bei den Waniamwesi gilt als Asyl die Geisterhütte (Mzimn) des Häuptlings; dabei tritt die vielfache Folge ein, dass der Asylmann Sklave des Häuptlings wird. Es heisst hier:

Wenn der Thäter den Mzimn des Sultans (Löwen- oder Leopardenschädel) . . . berührt hat, ist er unverletzlich und von dem Moment ab Sklave des Sultans (Puder).

Die Blutrache erfolgt oft in grausamer Weise.

Bei den Wasagara geht man gegen den durch Verzauberung bewirkten Mord mit Feuertod vor, einer Strafe, die auch bei sonstigem Mord nicht unerhört zu sein scheint (Gravert).

Link berichtet uns darüber:

Eine besondere Art der Todesstrafe, die des Feuertodes, ist besonders für Zauberer bestimmt. Hält man einen Zauberer für überführt, den Tod eines Menschen durch Zaubermittel herbeigeführt zu haben, so wurde, beziehungsweise wird der Zauberer in die Wildniss geschleppt und an Armen und Beinen gebunden auf einem Scheiterhaufen dem qualvollen Tode der Verbrennung überliefert.

Es ist dasselbe, was die Neger noch heutzutage in Südamerika thun, wo sie, von der europäischen Sklaverei befreit, gewisse Staatswesen entwickelt haben[59]).

Glücklicherweise hat der Glaube, dass die Todesfälle unbekannter Ursache auf Verzauberung zurückzuführen seien, ein Glaube, der sonst tausendfache Opfer kostet, eine bedeutende Abschwächung erfahren. Man schiebt, wie bereits oben (S. 9)

---

[59]) Negerrecht S. 43.

bemerkt, solche zweifelhafte Fälle vielfach nicht den Menschen, sondern den Geistern zu, und damit ist von selbst ein ungemessener Fortschritt erzielt.

Doch ist dadurch der Zaubergedanke nicht völlig gehoben; so heisst es bei Merker:

Wird man von Unglücksfällen u. s. w. heimgesucht oder bedroht, so wendet man sich an den Zauberer, damit er durch seine „Medicin“ helfe, oder man sucht die Waruma zu versühnen, wenn man glaubt, dass ihr Zorn die Veranlassung zum Unglück ist.

Vgl. auch unten S. 58, 60, 64, 66, 79.

Und von den Wapare wird gemeldet, dass bei jedem natürlichen Todesfalle der Mganga den Verzauberer ermittelt[60]).

§ 36.

Die Blutrache für Tödtung ist ablösbar, das Wergeld muss angenommen werden.

Im Uebrigen gelten die gewöhnlichen Züge: für das Wergeld haftet nicht nur der Thäter, sondern die ganze Familie des Thäters. Nach Zahlung des Wergeldes findet eine Versöhnungsfeier statt, die durch Blutsfreundschaft bestätigt wird.

Bemerkenswerth ist, dass auch Sklaven und Töchter als Wergeld gegeben werden; letzteres führt hier, wie sonst zur Zwischenheirath und damit zu einer besonders häufigen Art der Versöhnung.

Ueber das Ganze erzählt uns Merker Folgendes:

In der Regel wird die Blutrache durch Composition abgelöst. Der Bluträcher ist verpflichtet sie anzunehmen und verzichtet durch ihre Annahme auf Ausübung der Blutrache. Als Composition können Vieh, Sklaven und Töchter gegeben werden, Weiber und Söhne nicht.

Die Composition fällt an den Erbberechtigten des Ermordeten. Für Zahlung derselben haftet jeder Mann der Familie des Mörders. Ist sie geleistet, so wird Versöhnung gefeiert: man isst zusammen von dem in Zahlung gegebenen Vieh und schliesst darauf Blutsfreundschaft. Be-

---

[60]) Baumann S 238.

stärkung der Freundschaft durch Zwischenheirath ist erwünscht und wird angestrebt.

Allerdings wird, so lange der Thäter zahlen kann, dieser regelmässig die Composition entrichten. Bei seinem Tode aber tritt die Familienhaftung hervor.

Stirbt der Mörder vor Zahlung des Wergeldes, so haftet seine Familie dafür (Merker).

Besondere Maassnahmen, um einen Mörder, der auf diese Weise der Familie verderblich werden könnte, auszuscheiden, giebt es nicht; doch übt die Familie in solchem Fall selbst Justiz und tödtet ihn.

Daher heisst es:

Die Familie des Mörders kann diesen nicht aussondern, es sei denn, dass sie ihn tödtet (Merker).

So die Wadschagga.

Aehnliche Bestimmungen haben die verwandten Stämme. Zu Lindi hat, wer einen Freien tödtet, dafür 10 Sklaven zu entrichten (Ewerbeck); und

hat er selbst nichts im Besitz, so müssen die Verwandten die Sühne zahlen, was niemals verweigert wird (Ewerbeck).

Bei den Waschambara in Masinde werden für den Erschlagenen 13 Rinder bezahlt (Kötzle).

Bei den Waniamwesi ist es Sitte, Composition anzunehmen (Puder). Es heisst hier:

Bei den Waniamwesi ist Sitte zu zahlen: 1 Kuh = 10 Jamban (Haken) oder 10 Zeug, also für 1 getödteten Mann = 50 Jamben oder 50 Stück Zeug und 4 Kühe oder 40 Stück Zeug und 10 Ziegen und 1 Ring Messingdraht (20 Umdrehungen) zu Handelszwecken und 1 Sack Salz (letzterer rechnet für das vergossene Blut, der Messingring für die Eingeweide).

Sie fällt, wie Puder weiter berichtet,

an seinen Bruder oder seine Familie. Förmlichkeiten bei Versöhnung giebt's nicht.

In Bukoba werden zwei weibliche Sklaven, zwei Rinder und eine Kaurisumme gegeben (Richter XII S. 90).

Bei den Wapare beträgt die Tödtungsbusse 10 Rinder an die Verwandten und eine Kuh an die Mutter des Er-

schlagenen (Storch VIII S. 322)[61]; bei den Wambugu 13 Rinder (Storch VIII S. 325).

Ausführliches über das Compositionswesen erfahren wir von Link über die Wasagara; es geht aus diesem Bericht namentlich hervor, dass vor allen Dingen Sklaven als Ablösung gegeben werden. Er sagt:

Der Mörder eines Mkubahäuptlings, grossen und angesehenen Mannes, darf von dem Ndugu — nächsten männlichen Angehörigen des letzteren — auf frischer That sofort niedergestochen werden; ist der Mord erst nachträglich entdeckt, so pflegt auch bei den noch unbeeinflussten Stämmen Zahlung einer Entschädigung einzutreten. Hierbei pflegen für einen Mkuba 2—4 Sklaven, für einen Mdago — geringen Mann —, einerlei, ob Mgwana (Freien) oder Mtuma (Sklaven) — 1 Sklave gezahlt zu werden. Für einen Sklaven können entsprechend dem vorhandenen Besitzstand je 20 Ziegen oder 60 Dati als gleicher Werth gezahlt werden. Bei Tödtung eines Mdago ist in allen Fällen Zahlung einer Entschädigung die Regel.

Eine Art Ablösung findet auch bei bösem Zauber statt: hat böser Zauber getödtet, so fällt das ganze Vermögen des Zauberers an die Erben des Getödteten.

Es heisst:

Stirbt Jemand in Folge „Zauberei", so muss der Zauberer den Gifttrank nehmen (berauschend wirkend); stellt sich dabei seine Schuld heraus, so wird ihm aller Besitz genommen und dem Erbberechtigten des Verstorbenen gegeben (Merker).

§ 37.

Soweit die Blutrache für Mord.

Früher wurde sie auch gegen den Ehebrecher gerichtet. Jetzt tritt nur Prügelung und Geldbusse ein.

Merker sagt:

Ein Tödtungsrecht stand dem betrogenen Ehemann früher zu. . . .

Beim Ehebruch bekommt das Weib und deren Verführer vom betrogenen Mann zunächst Prügel. Der Verführer zahlt 1 Rind. Im Wiederholungsfall schickt der Mann die Frau weg zum Verführer. Will dieser sie nicht behalten, so zahlt er noch ein Rind, worauf der Mann die Frau in der Regel wieder aufnimmt (Merker).

---

[61]) Vgl. auch Baumann S. 238, 244.

Jedenfalls hat die Anschauung hier viel gewechselt. Auch bei verwandten Stämmen finden sich bedeutende Unterschiede.

Von den Waniamwesi heisst es, der Ehebrecher müsse dem betrogenen Mann 25 Stück Zeuge oder Haken entrichten (Puder); wenn ihn aber der Ehemann ertappe, tödte er ihn (Puder).

Bei den Wadigo ist ein Färse als Ehebruchsentschädigung zu zahlen (St. Hilaire VIII S. 208).

Bei den Waschambaa in Masinde giebt der Ehebrecher 3 oder 4 Rinder (letzteres wenn die Frau von ihm schwanger wird); bei den Wapare tritt körperliche Züchtigung, selbst Versklavung ein (so der Bericht von Kötzle); bei den Wabondei wird der Ehebruch mit Geld gesühnt[61a]).

Natürlich kommt auch der Stand des verletzten Ehemanns in Betracht. Die ausführlichsten Nachrichten haben wir über die Wasagara. Link schreibt:

> Fast ebenso schwer wie Mord oder Todtschlag pflegt bei den „Grossen" der Ehebruch angesehen zu werden. Auch hier ist es bei den unbeeinflussten Stämmen des Verletzten gutes Recht, den Uebelthäter auf frischer That ohne Weiteres niederzustechen. In sämmtlichen übrigen Fällen ist auch hier wieder die Zahlung einer Entschädigung die Regel.

Wir erhalten auch von Gravert einen förmlichen Tarif in der Abschätzung der Ehebruchsvergütung:

> ein Freier zahlt für Ehebruch mit der freien Frau eines Freien 10 Ziegen oder 2 Rinder oder einen Sklaven,
>
> ein Sklave zahlt im gleichen Fall 8 Ziegen, und wenn der Ehebruch Folgen hat, 2 Sklaven und 5 Ziegen,
>
> wer mit der Sklavin eines Freien Ehebruch treibt, zahlt, wenn der Ehebruch Folgen hat, 15 Ziegen (er kann aber auch das Kind für sich in Anspruch nehmen); auch hat er die Sklavin bis zur Geburt zu erhalten.

[61a]) Baumann S. 138.

§ 38.

Noch mehr ist bei kleinen Vergehen die Ablösung eingeführt, namentlich bei Körperverletzung; in Ermangelung der Zahlung tritt Talion ein; Merker sagt darüber:

Talion ist nur dann statthaft, wenn der Verbrecher den Geschädigten nicht durch Zahlung entschädigen will.

So ist es auch zu verstehen, wenn es an anderer Stelle heisst:

Es gilt weder der Grundsatz Auge um Auge, noch der, dass der Verbrecher mit dem Körpertheil büsst, mit dem er gesündigt hat, noch Symbolismus (Merker).

Mit anderen Worten: die Körperverletzung und andere Vergehen derart sind ablösbar, nur im Fall der Nichtablösung kommt es zur Talion.

Von der Ablösung der Körperverletzung wird gesagt, dass die Heilungskosten und dann noch eine Ziege oder ein Rind zu zahlen seien.

Bei Körperverletzung wird der Verletzte vom Thäter bis zur völligen Genesung beherbergt und verpflegt und erhält dann noch je nach der Schwere der Verletzung 1 Ziege oder 1 Rind.

Und so auch, wenn Jemand durch bösen Zauber am Körper verletzt wird:

Wird Jemand in Folge Zauberei krank, so muss der Zauberer ihn wieder gesund zaubern; kann er das nicht, so wird er gebunden und geprügelt, und muss dem Erkrankten eine Anzahl Rinder zahlen (Merker).

Das Prügeln ist wohl hier (wie sonst) nur das Mittel, möglichst rasch zum Gelde zu kommen (vgl. S. 62).

Bei den Wapare wird eine Art Ablösungstarif aufgestellt: für einfache Körperverletzung wird 1 Rind bezahlt, für ein Auge 8 Rinder, für einen Ohrlappen 1 Kuh; der Preis fällt an den Verletzten; doch pflegt dieser dem Häuptling etwas davon zu geben (Storch VIII S. 321). Bei den Wambugu ist für einfache Körperverletzung 1 Ziege, für ein ausgeschlagenes Auge gegen 10 Rinder, für ein Ohrläppchen 1—2 Rinder zu zahlen; die Busse fällt an den Verletzten — abgesehen von dem, was zum Versöhnungsmahl verwendet

wird (Storch VIII S. 325). Aehnliche Strafscalen gelten bei den Waschambaa und Wakilindi (Storch VIII S. 316).

II. Gottesstrafrecht.

§ 39.

Daneben giebt es ein Gottesstrafrecht und ein Häuptlingsstrafrecht.

Dem Gottesstrafrecht gehört unbedingt Folgendes an:

Früher wurden unbeschnittene Knaben und Mädchen wegen nicht folgenfreiem, geschlechtlichem Umgang getödtet, indem man sie aufeinander legte und durch beide Leiber einen Pfahl in die Erde trieb (Merker)[62].

Dieses wurde als gotteswidriger Gräuel angesehen, offenbar deshalb, weil erst mit der Beschneidung und der Jugendweihe diejenigen Geister in die Kinder einziehen, welche sich vereinigen dürfen. Vgl. S. 6, 14, 39.

Ebenso soll früher die Verbindung einer Frau mit einem Nichtstammesgenossen bei den Wadschagga den Tod herbeigeführt haben[63].

Zum Gottesstrafrecht gehört es auch, dass, wer eine Geisterhütte verletzt, dem Inhaber versklavt wird — wahrscheinlich wurde er ehedem der Sklave des Todten. So bei den Waniamwesi (Puder).

Ebenso ist nachfolgender in Lindi geltende Satz hierher zu rechnen:

Tödtet ein Herr seinen Sklaven, so hat er an den Jumben . . . eine kleine Abgabe als Sühne zu entrichten, damit über das Land nicht Unglück hereinbricht (Ewerbeck).

Sonst ist der Sklave ja rechtlos; allein der Mord eines solchen gilt als Gottesverletzung.

---

[62]) Auch von Johannes bestätigt, ebenso von Volkens S. 352.

[63]) Volkens S. 252.

III. Häuptlingsstrafrecht.

1. Allgemeines.

§ 40.

Daneben hat sich mit dem Häuptlingsthum das Häuptlingsstrafrecht entwickelt. Einen sehr lehrreichen Uebergang weist Bukoba auf: hier darf die Blutrache nur in 10 Tagen ausgeübt werden, während die Hauptleidenschaft lodert; nachher hat der Verletzte beim Sultan Klage zu erheben (Richter XII S. 90) — natürlich wenn keine Ablösung zu Stande kommt.

Aehnliche Entwickelungen zeigen aber auch die anderen Stämme, namentlich die Wadschagga.

Darüber erfahren wir von Merker:

Es giebt ein traditionelles Strafrecht, was vom Häuptling geübt wird. Die fortschreitende Civilisation hat darin schon vieles gemildert. Es giebt folgende Strafen:

1. Todesstrafe: der zu Tödtende wird an Händen und Füssen gebunden und so lange mit einem Speer zerstochen, bis der Tod eintritt.

2. Freiheitsstrafe mit Prügel: der Verbrecher wird gebunden und so lange geprügelt, bis er hoch und theuer die Leistung einer Geldstrafe verspricht.

3. Geldstrafen.

Was unter 2. erwähnt wird, ist also gar nicht Prügelstrafe: die Prügel sind nur Zwangsmittel zur Gelderlangung. Doch wird wirkliche Prügelstrafe anderwärtig erwähnt.

Bei den Wasagara wird auch von Kettenstrafe berichtet (Gravert); sie ist offenbar von aussen eingeführt. Ebenso in Bukoba (Richter XII S. 91). Bei den Waniamwesi findet sich die Strafe der Eingabelung und Anbindung des Verbrechers (Puder).

Ueber eine andere Strafe: das Handabhauen, wird S. 67 gesprochen werden.

Die Todesstrafe wird in verschiedener Weise vollzogen,

z. B. in Bukoba früher mit dem Messer, jetzt durch Erschiessen (Richter XII S. 91).

Bei den Wabondei wurde sie früher durch Schwerter und Stöcken ausgeführt; jetzt ist meist Geldstrafe eingetreten [64]).

Etwas Besonderes wird von der Behandlung der Giftmischer bei den Waniamwesi berichtet [64a]):

Bei Giftmischern werden die Sehnen über der Ferse beider Beine aufgeschnitten, die linke Hand abgeschnitten und nachher werden diese Leute in die Wildniss getragen, den Hyänen zum Frasse (Puder).

Die Geldstrafe fällt theils an den Verletzten, theils an den Häuptling. So Johannnes.

Dem widerspricht es nicht, wenn Merker sagt:

Eine staatliche Geldstrafe neben der Composition giebt es nicht.

Denn hier ist nur von der Blutrachecomposition, nicht vom Häuptlingsstrafrecht die Rede.

Kann die Geldstrafe nicht bezahlt werden, so tritt hier ebenso, wie bei Geldschulden überhaupt, Versklavung ein [65]).

§ 41.

Die Entwickelung der Principien des staatlichen Strafrechts ist eine so bedeutsame, dass wir an fremden Ursprung denken müssen. So die Behandlung des Versuchs, der milder als die Vollendung bestraft wird, der Nothwehr, die straflos bleibt, und der absichtslosen Strafthat, die höchstens zu einer theilweisen Entschädigung führt. Es heisst bei Merker:

Versuch ist strafbar. . . .

Der Versuch, ein Rind zu stehlen, wird mit Zahlung einer Ziege bestraft; der Diebstahl eines Rindes mit 7 Rindern . . ., ein (anderer) Mordversuch mit Zahlung eines Rindes.

---

[64]) Baumann S. 138.

[64a]) Hexen sollen hier und in Uganda auch verbrannt oder sonst qualvoll getödtet werden, vgl. Reichard, Deutsche Kolonialzeitung 1889 S. 174. Vgl. auch unten S. 79.

[65]) So auch bei den verwandten Stämmen, z. B. den Waschambaa in Masinda (Kötzle).

Nothwehr ist straflos . . .

Die zufällige, absichtslose Missethat ist an und für sich straflos. Wird aber dadurch Jemand in seinem Besitz geschädigt, so muss der Schaden eventuell bis zur Hälfte ersetzt werden.

Auch der Wahnsinnige wird milder geahndet.

Wahnsinnige nehmen insofern eine besondere Stellung im Rechtsleben ein, als ihre Strafthaten milder beurtheilt werden (Merker).

Dagegen zeigt sich ein alterthümlicher Zug in Folgendem:

1. Der Gehülfe wird wie der Thäter bestraft, aber so, dass die Strafsumme zusammen nur einmal erzielt wird; dies beruht auf dem Gedanken: ein Vergehen, eine Strafe[66]). So sagt Merker:

Beihülfe wird derartig bestraft, dass Helfer und Dieb zusammen die Strafe leisten müssen, die sonst der Dieb allein zu zahlen hatte.

2. Der Begünstiger büsst mit der Strafe, die der durch Begünstigung Befreite zu erstehen hätte.

Wer den Thäter der Strafe entzieht, verfällt der dem Thäter zukommenden Strafe (Merker).

Daher auch die Strafbürgschaft: es ist die Möglichkeit anerkannt, dass Einer die Strafe des Andern übernimmt; wie der Begünstiger, so der Bürge.

Strafbürgschaft kommt vor (Merker).

Alterthümlicher ist ferner die Behandlungsweise der Waniamwesi: die unabsichtliche Missethat wird wie die absichtliche behandelt, Nothwehr nicht berücksichtigt, Versuch und Beihülfe voll bestraft (Puder).

Alterthümlich ist es, dass bei den Wapare mit dem Zauberer auch seine Familie büssen muss (Storch VIII S. 322); vgl. unten S. 66.

§ 42.

So weit wie die Strafgewalt des Häuptlings, geht auch seine Begnadigungsbefugniss; es heisst bei Merker:

Begnadigungsrecht steht nur dem Häuptling zu.

---

[66]) Anders, wie es scheint, in Bukoba, wo wenigstens der Gehilfe des Diebstahls besondere Strafe erleidet. Diese Stämme zeigen aber überhaupt eine stärkere Entwickelung (Richter XII S. 90).

2. Besonderes.

§ 43.

Der Häuptlingsmord ist Hochverrath, auch schon das Unternehmen eines solchen; er wird mit dem Tode bestraft:

Versuch den Häuptling, oder Jemanden von dessen Familie zu tödten, wird mit dem Tode bestraft (Merker).

Um so mehr büsst Kriegsverrath mit dem Tode:

Kriegsverrath wird mit dem Tod bestraft (Merker).

So auch bei den Waniamwesi (Puder).

Hierher gehört auch die unbefugte Auswanderung.

Die Auswanderung ist Verbrechen gegen den Häuptling; sie nimmt dem Häuptling einen seiner Untergebenen. Die Strafe ist sehr schwer, sie grenzt an die Hochverrathstrafe: Einzug des Vermögens, selbst Versklavung. Hiervon sagt Merker:

Auswanderung ist verboten und strafbar. Wenn Jemand heimlich auswandert, so wird sein zurückgelassenes Besitzthum eingezogen; kehrt er wieder zurück, so wird er mit Fesselung und Prügel bestraft. Besteht der Verdacht, dass er wieder auswandern wird, so behält ihn der Häuptling zur Sklavenarbeit auf seiner Boma oder übergiebt ihn einem Akida als Sklaven.

So auch Johannes, der erwähnt, dass früher die Todesstrafe gebräuchlich war.

Ebenso ist in Bukoba die Auswanderung bei Strafe des Todes oder mindestens der Vermögenseinziehung verboten (Richter XII S. 90).

Wie ein solcher Verrath, wird auch die Verletzung der Gerichtspflicht bestraft, wenn der Beklagte oder Zeuge trotz Ladung des Häuptlings nicht erscheint: mindestens gilt Landesverweisung und Vermögenseinziehung bei den Waniamwesi, vgl. unten S. 77.

Dass der Umgang mit einer Frau des Häuptlings die Todesstrafe, ja sogar Versklavung der Familie des Thäters

nach sich zieht, wie bei den Wakilindi, ist sicher nicht einheimisches Recht (Storch VIII S. 316)[67].

Der böse Zauber wird mitunter als ein öffentlich strafbares Verbrechen angesehen und vom Häuptling bestraft; so in Bukoba: mit dem Tode (Richter XII S. 91); so bei den Waniamwesi, wovon noch S. 79, vgl. S. 63, die Rede sein wird.

Und bei den Wapare tödtet man nicht nur den Zauberer, sondern auch seine erwachsenen Söhne nnd versklavt seine Verwandten — offenbar in vorsorgender Weise (Storch VIII S. 322).

Aehnliches gilt bei den Waschambaa und Wakilindi: man tödtet den Thäter und seine erwachsenen Kinder und zieht das Vermögen ein (Storch VIII S. 317).

Auch für Körperverletzungen hat mitunter der Häuptling eine öffentliche Geldstrafe festgesetzt; so bei den Waniamwesi:

Der Sultan erhält 10 Zeug und 5 Haken für seine Waniamparas, Minister (Puder).

Ebenso bei den Waschambaa und Wakilindi, hier auch bei der Tödtung (Storch VIII S. 316).

§ 44.

Die Behandlung des Diebstahls ist ähnlich, wie im römischen Recht: der Dieb hat die Sache herauszugeben und eine nach dem Werth der Sache abgestufte Strafe an den Verletzten zu bezahlen.

Wird eine gestohlene Sache beim Dieb gefunden, so muss er sie dem Eigenthümer zurückgeben, zusammen mit einer aus Vieh bestehenden Strafsumme, deren Höhe sich nach dem Werth der gestohlenen Sache richtet (Merker).

Und:

Diebstahl wird mit Geldstrafe und Ersatz des gestohlenen Gutes bestraft (Merker).

---

[67]) Die Wakilindi sind mit Bantus vermischt, aber fremden Ursprungs.

So wurde S. 63 bemerkt, dass der Dieb eines Rindes 7 Rinder zu zahlen hat. Sonst wird (von Johannes) das Doppelte als die regelmässige Diebstahlsbusse bezeichnet[68]).

Hehlerei wird wohl, wie gewöhnlich, dem Diebstahl gleich behandelt. Es heisst:

Auf Hehlerei steht Geldstrafe (Merker)[69]).

Und von den Waniamwesi wird berichtet, dass Diebstahl und Hehlerei mit Geldstrafe und Fesselung bestraft werden (Puder).

Bei den Wapare fällt die Diebstahlsbusse theils an den Bestohlenen, theils an den Richter, — einen Theil pflegt man auch dem Häuptling zu geben (Storch VIII S. 321); bei den Waschambaa und Wakilindi an den Bestohlenen, Richter und Häuptling (Storch VIII S. 315); bei den Wambugu nur an den Verletzten: 1 Rind als Strafe (Storch VIII S. 325).

Dass schwerer Diebstahl unter Umständen mit Handabhauen bestraft wird,

Mehrfacher schwerer Diebstahl wurde früher durch Abhauen beider Hände bestraft (Merker)

ist sicher fremdem Einfluss zuzuschreiben[70]). Zweifelhaft ist dies bei der weiteren Bestimmung, welche die Waniamwesi aufweisen, dass der unverbesserliche Dieb gespeert wird (Puder).

In Bukoba, wo der Diebstahl häufiger ist, findet sich die universelle Bestimmung, dass der Verletzte den ertappten Dieb tödten darf (vgl. oben S. 39). Sonst hat, wie bei anderen Stämmen, der Dieb eine Strafsumme zu erlegen (Richter XII S. 90).

---

[68]) Ebenso Volkens S. 250.

[69]) Aehnlich in Bukoba (Richter XII S. 90).

[70]) Entweder Islamrecht, vgl. meine Abhandlung Gerichtsaal XLI S. 314, Zeitschr. VIII S. 255, 258 f.; oder hamitisches Recht: es findet sich beispielsweise bei den Latukastämmen, vgl. Emin Pascha in Stuhlmann, Deutsch-Ostafrika I S. 780.

§ 45.

Charakteristisch ist, dass bei den Wadschagga Nothzucht nur wie ein kleiner Diebstahl bestraft wird:

Nothzucht wird mit Zahlung eines Rindes bestraft (Merker).

In Waniamwesi gilt Folgendes:

Nothzucht nicht bestraft, wenn Weib unverheirathet, wenn verheirathet, Strafe für Ehebruch (Puder).

Also hier auch in dem Sinn, dass nicht das Weib, sondern nur der Ehemann Vergeltung bekommt.

Im Uebrigen erfahren wir noch:

Widernatürliche Unzucht kommt nicht vor (Merker).

Das Gleiche sagt Puder von den Waniamwesi.

F. Häuptlingsrecht.

§ 46.

Das Häuptlingsrecht, einer der wichtigsten Culturfactoren, welcher die menschliche Bildung aus dem Gang des Unbewussten herausreisst und sie dem zweckbewussten Streben der menschlichen Einsicht zugänglich macht, hat sich fast überall entwickelt; sie hat sich bei Einheimischen entwickelt [71]), sie hat sich bei solchen Stämmen entwickelt, die unter fremdländische, hamitische Herrschaft gekommen sind.

Der Häuptling (Jumbo) ist 1. Träger aller Rechte.

Der Häuptling hat Recht über Leben und Tod, sowie über den Besitz seiner Unterthanen (Merker).

Er lässt den Unterthanen allerdings meist den Besitz und begnügt sich mit Abgaben und sonstigen Leistungen.

Dem Häuptling gehört das Eigenthum seiner Unterthanen (Vieh, Hütten, Schamben). Braucht er Vieh oder Feldfrüchte, so liefern dies

---

[71]) Allerdings nicht immer mit gleicher Macht, so z. B. weniger bei den Wapare und Wadigo (Baumann S. 243, 152), noch weniger bei den Wambugu (Storch VIII S. 325, 326); dagegen haben die Waganda im Norden des Nyansa ein sehr starkes Häuptlingsrecht ausgebildet (Stuhlmann I S. 186, 189).

die Akidas, die es vom Volk einziehen. Von einem gefundenen oder erlegten Elefanten wird ein Zahn an den Häuptling abgegeben. Weitere Abgaben bestehen in Arbeitsleistung (Merker).

Natürlich tritt dann, wenn Jemand ohne Verwandte stirbt, das Häuptlingsrecht ein, und der Häuptling nimmt den Nachlass an sich (Johannes)[72]).

Das Allrecht des Häuptlings zeigt sich auch in der Vertheilung der Kriegsbeute.

Die Kriegsbeute gehört dem Häuptling. Von den erbeuteten Weibern behält er die hübschesten für sich, die anderen vertheilt er an Akidas und Krieger; dasselbe gilt von den Kindern. Von dem erbeuteten Vieh erhalten die Akidas einen Theil; einige Rinder zum Schlachten, sowie den grössten Theil der erbeuteten Ziegen und Schafe bekommen die Krieger (Merker)[73]).

Und natürlich legt der Häuptling seinen Unterthanen Steuern auf — nach seinem Belieben; so bei den Waniamwesi:

Der Sultan erhält von jedem Hause seiner Dörfer in seinem Lande jedes Jahr 1 Pistri Hirse oder Mhindi, Mais, Bohnen u. s. w. und von jedem Dorfe 1 Kuh oder 1 Ochsen, je nach seiner Bestimmung. Ein Nichtzahlen kommt nicht vor (Puder).

Auch erhält er vielfach einen Theil des Jagdergebnisses, namentlich der Elfenbeinbeute; so bei den Wapare (Storch VIII S. 323).

Auch die Frauen lässt er meist seinen Unterthanen, beansprucht aber die Mädchen nach Belieben.

Ein Recht auf die verheiratheten Frauen seiner Leute hat er nicht, wohl aber auf die unverheiratheten Mädchen (Merker).

So bei den Wadschagga. Auch von den Waniamwesi heisst es, der Sultan habe

die Rechte eines Königs. Früher über Tod und Leben, jetzt nicht mehr. Es giebt nur einen Sultan, hat Recht auf ihr Vermögen, ebenfalls auf ihre Weiber (Puder).

Und was die Kriegsbeute betrifft, so wird berichtet:

---

[72]) Auch Volkens S. 253.

[73]) Vgl. auch Johannes, wonach der Häuptling gewöhnlich die Hälfte effektiv für sich behält.

Der Sultan erhält Alles und vertheilt, wenn er will, an seine Wamiamparas. Wenn der Krieg zu Ende, wird getanzt, Ngoma geschlagen, Rinder geschlachtet und viel getrunken und der Sultan vertheilt Geschenke (bestehend in Kleidern, Rindern u. s. w.) (Puder).

Der Häuptling hat 2. das freie Gesetzgebungsrecht, im Einzelnen wie im Allgemeinen.

Des Häuptlings Wille ist das Gesetz. Er ertheilt Privilegien und bestimmt das in Verkehr kommende Tauschmittel, wofür ihm das Bedürfniss seiner Unterthanen massgebend ist (Merker).

Dass endlich auch 3. Betheuerungen bei dem Leben des Häuptlings bedeutungsvoll sind, wurde bereits S. 79 erwähnt.

§ 47.

So weit die Rechte des Häuptlings. Von seinen Rechten macht er Gebrauch als oberster Leiter der Staatsverwaltung, als oberster Gerichtsherr und als oberster Kriegsherr.

Ist der Häuptling nicht durch Alter oder Krankheit gehindert, so zieht er stets mit in den Krieg (Merker).

§ 48.

Der Brauch, den Tod des Häuptlings geheim zu halten, besteht; er beruht bekanntlich auf dem anderen Brauch, dass nach dem Tod des Häuptlings eigentlich eine gesetzlose Zeit eintritt, weil es an der Quelle des Rechts fehlt: dieser Misslichkeit will man durch die Fiction entgehen, dass der Verstorbene als fortlebend gilt, und zur Aufrechterhaltung dieser Fiction wird der Tod verborgen. Dies dauert so lange, bis die Thronfolge gesichert und nunmehr wieder ein Träger des Rechts vorhanden ist, so dass der gesetzlose Zustand vermieden wird.

So heisst es bei Merker:

Der Tod des Häuptlings wird ungefähr 4 Monate geheim gehalten, die Akidas, die um den Tod wissen, verbreiten im Volk, dass der Häuptling krank, kränker, sehr schwer krank sei, wohl sterben werde und als seinen Nachfolger seinen Sohn bestimmt habe (den ältesten Sohn der

Hauptfrau), zu dessen Gunst sie im Volk Stimmung machen. Ist dies erreicht, so erfährt das Volk den Tod des alten Häuptlings. Bis zu diesem Tag regiert nominell noch der Verstorbene, factisch schon der neue Häuptling. Eine momentane Gesetzlosigkeit giebt es nicht.

Daher wird der Häuptling
im Geheimen begraben (Merker).

Ebenso wird aus Uniamwesi berichtet:

Der Tod des Sultans wird zuerst geheimgehalten, weil mit ihm 4—10 Sklaven und Kebsweiber begraben werden und daher, wenn der Tod bekannt, die ganze Umgebung weglaufen würde (Puder).

Der hier angeführte Grund ist natürlich nicht der massgebende, da die lebendig zu Begrabenden sofort festgenommen werden; der Grund ist vielmehr der oben genannte. Es heisst auch:

Beim Tode des Sultans tritt momentan Stillstand der alten Gebräuche ein, bis der nächste Sultan gewählt ist. Was in der Zwischenzeit etwa passirt oder vorgefallen (selbst Mord), wird von dem neuen Sultan nicht mehr erledigt (Puder).

Aehnliches wird aus Bukoba erzählt. Ist der Sultan am Sterben, so müssen alle Leute, mit Ausnahme des obersten Beamten (eines Wayango), des Thronfolgers, der Mutter und des Erziehers desselben, aus dem Dorf. Hier ernennt der Sultan seinen Nachfolger in eigenartiger Weise (er spuckt ihm in die Hände; vgl. oben S. 11). Der Verstorbene wird Nachts in seiner Hütte begraben (Richter XII S. 95).

§ 49.

Das Häuptlingsthum ist mehr oder minder erblich geworden. Wie bereits oben (S. 24, 30) bemerkt, erbt meist der älteste Sohn der Hauptfrau[74]).

Bei manchen Stämmen, wie den Wabondei, gilt als Rechtssatz, dass der Thronfolger durch entgegengesetzte Wahl beseitigt werden kann[75]); aber auch bei den Wadschagga und Waniamwesi scheint die erbliche Nachfolge nicht aus-

---

[74]) Vgl. auch Volkens S. 247.

[75]) Baumann S. 138.

nahmslos zu sein und unter Umständen der Wahl der Akiden zu erliegen[76]). Von den Waniamwesi wird namentlich berichtet, dass der Wille des Vorgängers entscheidend ist (Puder).

In Ermangelung eines legitimen Folgers tritt natürlich überall die Wahl ein; so bei den Waniamwesi:

Wenn dieser nicht bekannt oder keine Nahestehenden vorhanden, wird von allen Waniamparas (Ministern) ein anderer Verwandter gewählt (Puder).

Wie bei anderen Bantu, findet sich auch hier der Satz, dass der Thronfolger nur aus einer Ehe erzeugt werden kann, die nach Eintritt des Häuptlingthums abgeschlossen worden ist[77]). So besonders bei den Waschambaa und Wakilindi (Storch VIII S. 314).

Eigenartig — eine der Anomalien der Häuptlingsfamilien, ist es, dass bei manchen Stämmen auch ein Weib Häuptling werden kann.

So bei den Waniamwesi. Von ihnen wird berichtet:

Frauen resp. Mädchen können, wenn gewählt und verwandt Sultaninnen werden. (Unter den Waniamwesis sehr oft Weiber als Sultanin, leider, sind dann vollständig beherrscht von einzelnen Waniamparas.) (Puder.)

§ 50.

Neben dem Häuptling giebt es eine Art Volks- oder Greisenversammlung (Schauri), an der aber nur die Akidas, die Grossen von Geburt, und ausserdem noch besonders Reiche oder Kriegserprobte und sonstige angesehene Leute theilnehmen.

Es heisst bei Merker:

Zu den „Grossen" des Landes gehören in erster Linie die Akidas, dann die Reichen (grosser Besitz an Vieh) und ferner die Männer, welche sich durch Tapferkeit im Krieg oder durch Klugheit über die grosse Masse erheben.

---

[76]) Volkens S. 247 f.

[77]) Zeitschr. XIV S. 470 f.

In der Volksversammlung dürfen keine Frauen mitthun, nur die Häuptlingsmutter, was früher (S. 30) erwähnt wurde. So sagt Merker:

Frauen haben keine Stimme, auch nicht die Frauen des Häuptlings, wohl aber hat seine Mutter Sitz und Stimme im Schauri (Volksversammlung).

Auch Sklaven sind, wie selbstverständlich, ausgeschlossen, was sich noch S. 76 zeigen wird.

Dass aber die Frauen und Sklaven mittelbar zur Geltung kommen können, indem einer aus der Rathsversammlung für sie eintritt, versteht sich von selbst.

Ausführliches erfahren wir über die Waniamwesi:

Die dem Sultan Nahestehenden sind die Waniamparas. Hierzu wählt er geschickte, verständige, einflusshabende Leute aus. Hat der Sultan vom Vorgänger Waniamparas übernommen, die ihm nicht passen, so macht er andere ihm angenehme Leute hierzu. Ein Waniampara hat mehrere Dörfer unter sich.

Ausserdem hat der Sultan noch einen Mgawe, dieser ist der Verwalter der Abzeichen des Sultans und trägt selbst ein sultanähnliches Abzeichen, das ihm vom Sultan verliehen und das der Sultan, falls er das seinige verliert, dann trägt. Der Mgawe hat aber nichts zu sagen und zu thun und auch nicht in der Versammlung zu sprechen, ist also kein Stellvertreter des Sultans (Puder).

Und:

Die Waniamparas setzen sich dem Alter nach um den Sultan herum, zu beiden Seiten desselben. Der Sultan frägt der Reihe nach, nach dem Alter der Waniamparas, ob sie etwas vorzubringen hätten. Es sprechen nur die Waniamparas, die wiederum die Redner für ihre Leute sind. Frauen sind nicht bei der Versammlung, haben diese etwas, bringen sie ihre Sache vorher ihrem Waniampara vor, dieser sagt nach dem Befragen dies dem Sultan in der Versammlung (Puder).

Auch sonst finden wir derartige Versammlungen der Angesehenen; so bei den Wabondei[78]).

Eine solche Volksversammlung hat aber regelmässig nur eine berathende Stimme (vgl. aber auch S. 82).

Des Häuptlings Wille gilt absolut. Er fällt die Entscheidung, die Volksversammlung giebt nur Rathschläge (Merker).

---

[78]) Baumann S. 138.

Ebenso heisst es von den Waniamwesi:

Der Sultan ist nicht durch den Rath seiner Waniamparas beschränkt, ebensowenig durch Familien.

§ 51.

Es giebt auch schon eine Art hierarchischer Verwaltung. Die Akidas sitzen nicht nur im Rathe des Königs, sie sind auch die Verwalter einzelner Landestheile. Hierdurch ist die Gemeindeselbständigkeit zerstört worden.

Jedem Landestheil steht ein Akida vor; er sorgt für Ausführung der Befehle des Häuptlings. Von einer Selbständigkeit der Gemeinden kann man nicht sprechen. Gemeindeeigenthum giebt es nicht (Merker).

So auch bei den Waniamwesi:

Der Sultan hat den Mgawe und die Waniamparas. Die Letzteren haben mehrere Dörfer unter sich und auch selbst Eigenthum (Puder).

In Bukoba hat der Sultan seine Katikiros, die Dorfältesten, welche dort Richterfunction ausüben (nur zum Tode dürfen sie nicht verurtheilen), welche die Feldarbeit für den Sultan überwachen und auch sonst Regierungshandlungen vornehmen, z. B. die Austheilung der Ländereien.

Sie haben auch eine religiöse Function, denn sie haben die Leiche der geheiligten Schlange zu beerdigen (Richter XII S. 90).

Ueber ihnen steht als Aufsichtsbeamter ein Oberkatikiro (Richter XII S. 93).

Ebenso setzt bei den Wapare der Häuptling (Mfuma) besondere Beamte (Mlao, Mossi) für die Rechtspflege ein, die unter dem Beisitz von Aeltesten entscheiden (Storch VIII S. 321).

Und die (mit Bantus vermischten) Wakilindi haben eine ganze Hierarchie von Staats- und Hofbeamten (Storch VIII S. 315).

§ 52.

Das Häuptlingsthum hat bei einigen Stämmen selbst den Geschlechterstaat überwunden. Zwar bilden die Geschlechter an sich noch das Gefüge des Staates, der Häuptling aber

kann beliebige andere Personen in den Staatsverband annehmen: diese werden Staatsangehörige, ohne dass sie sich einer Familie anzuschliessen brauchen.

Die im Lande ansässigen Familien bilden den Staatsverband. Einwanderer bitten den Häuptling um Erlaubniss zur Niederlassung; durch die Erlaubniss werden sie vollberechtigte Bürger; sie erhalten vom Häuptling Grundbesitz und eventuell auch Vieh. Es ist nicht üblich, dass Eingewanderte Anschluss an bereits im Land sitzende Familien suchen (Merker).

Also schon die Anfänge des Territorialstaates!

Dies scheint bei den Waniamwesi nicht der Fall zu sein. Hier heisst es:

Es wohnen nur Gemeindegenossen zusammen, nicht Fremde mit darinnen (Puder).

Im Uebrigen hat das Häuptlingsthum auch eine Art von Gesandtschaft, eine Art unverletzlicher Unterhändler geschaffen; so bei den Waniamwesi (Puder).

G. Process.

I. Allgemeines.

§ 53.

Das Häuptlingsthum hat das Institut des Processes entwickelt: es hat die Selbsthülfe zurückgedrängt.

Ein Selbsthülferecht hat der Gläubiger nicht, die Entscheidung liegt vielmehr in der Hand des Häuptlings, nach der der Gläubiger dann handeln darf (Merker).

Selbst in Ehesachen entscheidet der Häuptling: er entscheidet, ob der Mann das Recht hat, die Frau zu verstossen und sich damit seiner Unterhaltspflicht zu entledigen. So heisst es bei Merker:

Ueber die Scheidung entscheidet der Häuptling.

Das gilt allerdings nicht ausnahmslos. Bei den Waniamwesi giebt es ein privates Scheidungsrecht des Mannes und einen Schuldtrieb durch Selbsthülfe, und auch bei den Wadschagga scheint, wie aus dem Obigen (S. 26, 50) hervorgeht, nicht jeder private Schuldtrieb beseitigt zu sein.

Jedenfalls aber ist das Häuptlingsthum dem privaten Rechtstrieb nicht günstig, am wenigsten im Strafrecht.

Und da, wie oben bemerkt, ein Theil der Strafsumme an den Häuptling fällt, so hat dieser ein Interesse an der Verfolgung und erregt sie von Amtswegen. So sind die Bantus sogar zum Inquisitionsprocess gekommen. Es heisst:

In Strafsachen wird immer von Seiten der Obrigkeit, d. h. des Häuptlings, eingeschritten, also auch ohne Klage des Verletzten oder Geschädigten (Merker).

Das Gleiche gilt bei den Waniamwesi (Puder).

Dies scheint allerdings nicht bei allen Stämmen der Fall zu sein. Bei den Waschambaa gilt der Satz: Wo kein Kläger, da kein Richter (Kötzle): das Häuptlingsthum hat sich eben bald mehr bald minder mächtig entwickelt; aber selbst in den selbstherrlichen Sultanaten von Bukoba scheint noch das Anklageprincip zu gelten (Richter XII S. 91: im Allgemeinen!).

Gerichtsfähig ist nur, wer in der Gerichtsversammlung erscheinen kann, also nicht Sklaven und Frauen; die Sklaven werden daher durch den Herrn, die Frauen durch ihre Männer vertreten.

Für männliche wie weibliche Sklaven klagt deren Besitzer; für die Frau klagt deren Mann (Merker).

Dass, wie sich unten (S. 81) zeigen wird, Sklaven als Zeugen auftreten dürfen, steht hiermit nicht im Widerspruch; denn sie gelten dann nur als Wahrheitserforschungsmittel.

In Uniamwesi allerdings ist der Sklave klageberechtigt (Puder), und dasselbe scheint in Bukoba der Fall zu sein (oben S. 44).

Die Ladung ist bannitio, d. h. Ladung durch den Häuptling bei Häuptlingsbusse.

So sagt Merker:

Beklagte werden in schweren Fällen auf Befehl des Häuptlings von einem Akida geholt; in kleineren Sachen von einem Boy oder sonstigen in der Boma des Häuptlings bediensteten Mann. Wer nicht erscheint, wird wegen Ungehorsam bestraft; ein Rechtsnachtheil trifft ihn deswegen nicht.

Dasselbe gilt bei den Waniamwesi:

Durch einen Minister (Waniampara), der einen Speer des Sultans, der allen Leuten bekannt ist, trägt, wird der Beklagte sowohl wie die Zeugen geladen (Puder).

Der Geladene unterliegt einer strengen Gerichtspflicht. So heisst es bei dem gleichen Stamm:

Ein Nichterscheinen, nachdem dieser auf solche Art gerufen, kommt im Allgemeinen nicht vor, sie würden des Landes verwiesen und ihr ganzes Eigenthum eingezogen werden (Puder).

Doch besteht bei verwandten Stämmen auch ein Vorführungsrecht durch den Kläger, eine mannitio; so bei den Waschambaa in Masinde (Kötzle). Offenbar wird der Häuptling angerufen, wenn der Kläger nicht über den Gegner Herr wird.

II. Beweissystem.

§ 54.

Der Gottesbeweis existirt noch, er ist aber, entsprechend der fortschreitenden Cultur, in eine aushülfsweise Stellung gerückt. Gottesurtheil ist natürlich der bei den Bantus allgemein übliche Gifttrunk. Das Ordal ist, wie fast überall in Afrika, einseitig; die Stellvertretung kommt nur ausnahmsweise (S. 79) vor.

Es heisst hier:

Hat die Schuld des Angeklagten weder durch den Kläger noch durch Zeugen bewiesen werden können, so schreitet man zu einer Art Gottesurtheil, in Form des Gifttrankes. Datura ist ein wesentlicher Bestandtheil desselben. Der Trank soll berauschend wirken und in diesem Rausch soll der Betreffende unbewusst die Wahrheit sagen.

Der Beschuldigte muss sich im Fall[78a] . . . der Giftprobe unterwerfen. Der Ankläger nimmt den Gifttrank nicht. Für den Beschuldigten kann kein Stellvertreter den Gifttrank nehmen (Merker).

Nähere Nachrichten haben wir von Johannes. Das Giftordal heisst Kimangano, es wird von den staatlichen Zauberern bereitet. Der Schuldbeweis vollzieht sich entweder dadurch,

---

[78a]) Nämlich im Fall der Beweislosigkeit.

dass der Angeklagte, der zwei Stunden herumgeführt wird, betäubt niederfällt, oder so, dass er, mit dem Ankläger und Freunden desselben eingeschlossen, die Schuld gesteht[79]).

Im Uebrigen ist das Giftordal allgemeine Bantueinrichtung; so auch bei den Wagogo (Storch), bei den Wabondei (wird das Gift erbrochen, wird der Beschuldigte frei)[80]); bei den Waniamwesi[81]):

Giftprobe machen, d. h. bekommt Gift mit Wasser zu trinken, bricht er es sofort aus, sagt er die Wahrheit, stirbt er, hat er gelogen (Puder).

Das gilt besonders vom Diebstahl, der Dieb bekommt eine „Medicin“ (Dawa);

übergiebt er sich, hat er nicht gestohlen und wenn er sich nicht übergiebt, hat er gestohlen (Wartezeit eine Stunde) (Puder).

Aber auch die Feuerprobe findet sich hier:

insofern, als eine Axt im Feuer heiss gemacht wird und dann mit ihrer Breitseite an der Seitenwade eines Beines entlang gestrichen wird. Sengt die Haut ab, ist er schuldig, ist nichts zu sehen, unschuldig (Puder).

In Lindi ist auch das Heisswasserordal in Uebung, ebenso wie bei anderen Bantus[82]), während die Art des Feuerordales, die uns hier erwähnt wird, vielleicht auf fremden Einfluss zurückleitet. Ewerbeck schildert sie, wie folgt:

er (der Angeklagte) hat ein glühendes Eisen mit der Zunge zu berühren[83]), oder die Hand in kochendes Wasser zu stecken und gilt seine Unschuld als erwiesen, wenn er unverletzt bleibt.

Das Heisswasserordal kennen auch die Wapare: aus kochendem Wasser, welches mit Fett gemischt ist, werden 3 oder 4 Steine herausgeholt (Storch VIII S. 322)[84]); das

---

[79]) Volkens S. 249 f.

[80]) Baumann S. 138.

[81]) Auch bei den Maravis im portugiesischen Gebiet, Peter, Zeitschr. f. Erdkunde VI S. 287 f. So auch am Zambesi, vgl. Livingstones Erforschungsreise (Spamer 1860) S. 308. Auch in Uganda, vgl. Reichard in der deutschen Kolonialzeitung 1889, S 179 f.

[82]) Negerrecht S. 56.

[83]) Arabisches oder hamitisches Recht! vgl. Zeitschr. VIII S. 259.

[84]) Auch die Waganda, vgl. Reichard in der deutschen Kolonialzeitung 1889 S. 174.

(wohl fremdem Recht entnommen) Ordal des heissen Eisens auf der Zunge haben die Wakilindi (Storch VIII S. 317); ebenso die Warangi; hier besteht aber auch das Feuerordal in der Art der Waniamwesi (an der Wade) und das Heisswasserordal — dreimaliges Eintauchen — (Baumstark XIII S. 56)[85].

Weitere Ordalien sind:

Die Singano-Probe, von der uns Johannes erzählt: eine Nadel wird durch die Ecke der Mundhöhle gezogen: ist der Angeklagte schuldig, so spuckt er Blut[85a].

So ferner ein eigenartiges Ordal in Bukoba: der Bezichtigte bespuckt ein Stäbchen, das in siedendem Wasser schwimmt: aus seiner Lage ist Schuld oder Unschuld zu erkennen (Richter XII S. 100).

Eine Stellvertretung im Ordal kommt in der Art vor, dass ein Huhn das Gift schluckt und sein Gebahren über Schuld und Unschuld entscheidet.

So in Lindi:

Der Angeklagte gilt als unschuldig, wenn das Huhn leben bleibt (Ewerbeck).

So in einem besonderen Fall auch in Uniamwesi[86]. Puder erzählt:

Wenn ein Waniampara sehr viel Eigenthum hat und daher dieses dem Sultan ein Dorn im Auge ist, so macht er Dawa (Medicin); einem Huhn wird giftiges Holz (Funga njinnbu) gegeben und wenn dies stirbt, der Waniampara als Zauberer erklärt, er selbst getödtet und sein ganzes Eigenthum fällt dem Sultan anheim.

§ 55.

Daneben bestehen die unpersönlichen (objektiven) Ordalien. So hat man in Bukoba die Eingeweideschau: die Eingeweide eines Huhnes entscheiden, und zwar sowohl fatalistisch

---

[85]) Aehnlich auch die südlicheren Marawis (im portugiesischen Gebiet), vgl. Peter in Zeitschr. f. Erdkunde VI S. 275; hier wird auch das heisse Eisen mit den Füssen betreten.

[85a]) Vgl. Negerrecht S. 56.

[86]) Auch in Uganda, vgl. Reichard, Deutsche Kolonialzeitung 1889 S. 172, 173 f.

für die Zukunft, als auch für die Vergangenheit als Gottesurtheil (Richter XII S. 91. 101). Ebenso ist die Seherschau in Uebung, und zwar entweder als directe Seherschau, indem der Thäter sofort erkannt wird, oder als Loosordal, indem die Lage der im Wasser schwimmenden Stäbchen entscheidet (Richter XII S. 100; vgl. oben S. 79). Bei den Wapare durchbohrt der Zauberer einen Kürbiskern mit der Nadel; bleibt die Nadel stecken, so ist der Bezichtigte schuldig — doch kann er sich durch Feuerordal reinigen (Storch VIII S. 320).

Seherschau findet sich auch bei den Wabondei, wobei allerdings der Seher auf die Gemüther der Anwesenden einzuwirken pflegt, um in ihnen den Schuldbewussten zu entdecken[87].

Vergeistigt ist das Gottesurtheil zur Verwünschung in Bukoba: der Angeklagte betheuert im Schlangenheiligthum seine Unschuld; ist er schuldig, so stirbt er nach einiger Zeit (Richter XII S. 92).

Anderer Art ist die Verwünschungsformel bei den Waniamwesi (S. 49); sie geschieht, indem der Schwörende

Sand von der Erde in die Hand nimmt, die Bewegung des Essens hiermit macht und sagt: Ich will sofort mit meiner Mutter (vom Manne gesagt), mit meinem Vater (vom Weibe gesagt) oder Schwester zusammenschlafen, wenn es nicht wahr ist, oder auch indem er mit der Hand an seinen Hals entlangfährt und die Bewegung des Köpfens macht (Puder).

Die Gottesurtheile sind, soweit ersichtlich, einseitig. Sie sind aber dem Erfolg nach zweiseitig, indem vielfach der Ankläger, wenn die Probe zu Gunsten des Beschuldigten ausfällt, entweder selbst die Strafe zu erleiden hat oder mindestens eine Busse zahlen muss. Letzteres wird für die Wadschagga von Johannes bestätigt, sodann für die Wagogo von Storch. Auch in Bukoba muss der Ankläger mindestens 5 Ziegen zahlen, während den überführten Zauberer die Todesstrafe trifft (so Richter XII S. 91). Aehnliches gilt bei den Waschambaa (Storch VIII S. 317): der Angeklagte erhält im Fall der Ordalreinigung 3 Ziegen.

---

[87]) Baumann S. 139.

Nur das Verwünschungsordal scheint in Bukoba insofern direct zweiseitig zu sein, als man, wenn die Verwünschungsbetheuerung richtig ist, den Tod den Ankläger erwartet: die Betheuerung hat eben zugleich den Character einer gegen den Ankläger erhobenen Beschuldigung (Richter XII S. 92).

§ 56.

Uebrigens geht aus dem Obigen (S. 78, 80) hervor, dass das Ordal nicht selten eine Umwandelung erfährt: es geht über in einen Zwang zum Geständniss; so wird das Giftordal dazu benutzt, um den durch Gift Geschwächten eher zum Schuldbekenntniss zu bringen.

Das Gleiche zeigt sich auch in der Entwickelung der Bahrprobe. Es heisst bei Merker:

Bahrprobe existirt; der Verdächtige wird an die Leiche gebracht und ihm ins Gewissen geredet, einzugestehen.

Mit anderen Worten: das Ordal geht in Gewissensfolter über. Die Gewissensfolter kann auch zur wirklichen Folter werden. Dies ergiebt sich aus Folgendem:

Ist die Schuld des Angeklagten durch den Kläger und dessen Zeugen erwiesen, so wird ersterer durch Prügel zum Geständniss gezwungen (Merker).

Es ist eine Entwickelung, wie sie sich auch sonst bei den Bantus findet [88]).

Neben dem Gottesbeweis hat sich der Menschenbeweis gebildet. Dieser ist natürlich vor Allem Zeugenbeweis.

So heisst es bei Merker:

Zeugenbeweis gilt. Die Zeugen werden durch einen Boten dessen, der sie beauftragt, auf Befehl des Häuptlings geholt. Kommen sie nicht, so werden sie wegen Ungehorsam bestraft. Sklaven können Zeugen sein, doch nicht die Sklaven des Klägers. Widersprechen sich die Zeugen, so gilt die gleiche Aussage der meisten derselben als Wahrheit.

---

[88]) Negerrecht S. 61. Foltern der Hexen wird uns auch aus Uganda erzählt: Zusammenbinden der Hände, Eintreiben von Dornen unter die Nägel u. s. w. Vgl. Reichard, Deutsche Kolonialzeitung 1889 S. 179 f.

So auch Johannes.

Uebrigens kann auch der Zeuge dem Giftordal unterworfen werden, wenn er im Verdacht des Meineids steht, so bei den Waniamwesi.

Der Zeuge wird vom Sultan ermahnt: sage die Wahrheit, thust du es nicht, musst du Giftprobe machen (Puder).

Darauf folgt die Giftprobe in gewöhnlicher Weise.

Wenn mehrere Zeugen sich widersprechen, giebt der Sultan einen an, der ihm am unwahrsten erscheint, mit dem die Giftprobe vorgenommen wird (Puder).

III. Urtheil und Vollstreckung.

§ 57.

Die Entscheidung erfolgt im Schauri[89]); sie erfolgt, wenn der Häuptling mächtig ist, durch den Häuptling; dem dann die anderen ohne Weiteres zustimmen (S. 73 f.); ist er weniger in Macht, so bekommt die Stimme der Beisitzer eine reale Bedeutung[90]).

Dieses Verhältniss zu den Beisitzern wird von den Bukobabewohnern berichtet (Richter XII S. 91), wie von den Wadschagga. Von ihnen sagt Merker:

Gerichtliche Verhandlung im Schauri vor dem Häuptling und dessen Akidas (Berather); entscheidend ist das Urtheil des Häuptlings.

Von den Waniamwesi heisst es:

Der Sultan entscheidet (Puder).

Die Entscheidung erfolgt aber auch hier sicher im Rathe der Grossen (Waniamparas); und ebenso in Uganda[91]).

Dass auch Beamte des Häuptlings Richtergewalt haben, wurde bereits oben (S. 74) erwähnt. In Bukoba entscheidet der Katikiro mit dem Rathe der Dorfältesten (Richter XII S. 91).

---

[89]) Volkens S. 249.

[90]) Volkens S. 249.

[91]) Reichard, Deutsche Kolonialzeitung 1889 S. 173.

Das Urtheil wird erlassen, nachdem die Parteien ihre Erklärung mündlich abgegeben haben (Johannes).

Es wird von einem oder mehreren der Akidas vollstreckt, so bei den Wadschagga (Merker); so namentlich auch das Strafurtheil; es heisst:

Mit der Thätigkeit als Scharfrichter wird in jedem einzelnen Fall ein Akida vom Häuptling beauftragt.

Oder die Vollstreckung geschieht durch einen Krieger in Anwesenheit eines Akidas, so bei den Waniamwesi (Puder).

II.

Die Arbeitsordnung vom Standpunkte der vergleichenden Rechtswissenschaft.

Vortrag, gehalten in der Internationalen Vereinigung für vergleichende Rechtswissenschaft und Volkswirthschaftslehre zu Berlin am 17. November 1900.

Von

Carl Koehne.

1. Einleitung.

Schon Lohmann, welcher als Erster eine grössere Anzahl von modernen Fabrikgesetzgebungen im Jahre 1878 gemeinsam herausgab, wies der vergleichenden Rechtswissenschaft die Aufgabe zu, die Vergleichung jenes Materials im Einzelnen durchzuführen[1]). Während in der Zeit von 1878—92 die Fabrikgesetzgebung in allen Culturstaaten an Umfang und Bedeutung ausserordentlich zunahm, konnte doch noch im letztgenannten Jahre Meili in seiner Rede „Ueber die Aufgaben der modernen Jurisprudenz" an diese Wissenschaft die Aufforderung richten, die ganze Materie des Fabrikrechts „aufzugreifen"[2]). In den neun Jahren, die seitdem verflossen sind, hat das Fabrikrecht, oder wie wir jetzt erweiternd, doch ganz im Sinne Meili's sagen können, das moderne Arbeiterschutz-

---

[1]) Die Fabrikgesetzgebungen der Staaten des europäischen Continents S. 7.

[2]) Siehe Juristische Blätter XXI (Wien 1892) S. 197.

recht noch unendlich bedeutendere Fortschritte gemacht, sowohl an localem Geltungsgebiete, wie an Anzahl von Bestimmungen, wie in Hinblick auf die Menge der von ihm berührten Rechtsverhältnisse und Personen. Gleichzeitig hat auch der Gedanke in immer weiteren Kreisen Einfluss gewonnen, dass legislatorische Massnahmen auf diesem Gebiete Kenntniss und theilweise auch Berücksichtigung ausländischer Gesetze nothwendig voraussetzen. Das beweisen die Arbeiten zahlreicher Privater[3]), das beweisen auch die von einigen Regierungen herausgegebenen Uebersichten ausländischen Arbeiterschutzrechtes[4]). Das beweisen endlich auch die internationalen Congresse für Arbeiterschutzgesetzgebung, welche am 27. Juli 1900 zur Begründung einer „Internationalen Vereinigung für gesetzlichen Arbeiterschutz“ geführt haben[5]). Und doch wird

---

[3]) Man denke an die zahlreichen Untersuchungen über ausländisches Arbeiterschutzrecht in nationalökonomischen und socialpolitischen Zeitschriften und die ausführliche Behandlung der ausländischen Arbeiterschutzgesetzgebung im Elster-Löning'schen Handwörterb. d. Staatswiss. Vgl. auch Evert, Der Arbeiterschutz und seine Entwickelung im 19. Jahrhundert (Berlin 1899), die vom Schweizer Arbeitersecretariate herausgegebene Uebersicht über die gesetzlichen Arbeiterschutzbestimmungen in den einzelnen Ländern (Zürich 1897), und Kloss, Bergarbeiterschutz (Wien u. Leipzig 1897) sowie unten Note 5.

[4]) Vgl. namentlich die „Foreign reports of the Royal Commission on Labor“ sowie die Publicationen des französischen und belgischen „Office du Travail“ und des „Department of Labor“ in Washington.

[5]) Vgl. Sociale Praxis IX Sp. 1145; X Sp. 97—101. Vielfach ist bekanntlich auch international gleiche Regelung oder sogar internationale Gesetzgebung für manche Partien des Arbeiterschutzrechtes verlangt worden. Von der Berliner Arbeiterschutzconferenz im März 1890 wurde die allgemeine Einführung einer Reihe von Massnahmen des Arbeiterschutzes wenigstens „als wünschenswerth“ bezeichnet und dadurch die Entwickelung des Arbeiterschutzrechtes in den Hauptindustrieländern zu gewissen gleichen Zielen erheblich gefördert. Lassen sich auch zur Zeit gegen die Vereinbarung gleichlautender Fabrikgesetze durch verschiedene Staaten zahlreiche Bedenken geltend machen, so dürfte doch, wie einzelne deutsche und österreichische Gelehrte auf dem 1897 zu Brüssel abgehaltenen Internationalen Congresse für Arbeiterschutzgesetzgebung er-

man nicht leugnen können, dass die Materie des Arbeiterschutzes namentlich im Vergleich mit ihrer häufigen Behandlung von Seiten der Nationalökonomie von der Jurisprudenz und ganz besonders unter dem Gesichtspunkte der vergleichenden Rechtswissenschaft noch nicht genügend aufgehellt ist[6]). Sicher liegt dies zum nicht geringen Theile daran, dass fast in jedem Lande alljährlich neue Gesetze und Verordnungen über Arbeiterschutz erlassen werden, dass also hier der Bearbeiter einen während seiner Arbeit im Anwachsen, oft auch in der Veränderung begriffenen Stoff vor sich hat. Dazu kommen noch die Schwierigkeiten, welche schon der belgische Gelehrte Victor Brants in einer besonderen Studie geschildert hat, die er dem Internationalen Congresse für Arbeiterschutz zu Brüssel im Jahre 1897 vorlegte[7]). Neben der Schwierigkeit der richtigen Uebersetzung der fremdsprachigen Rechtsquellen hob Brants namentlich die Verschiedenheit der praktischen Wirksamkeit auch gleichlautender Arbeiterschutzgesetze in den einzelnen Ländern hervor. Hängt doch die Wirksamkeit dieser Rechtsquellen von den Machtmitteln der mit ihrer Durchführung betrauten Organe, von der übrigen Gesetzgebung des betreffenden Staates und von den intellectuellen und wirthschaftlichen Zuständen der Classen ab, für die sie bestimmt sind, und ist

klärten, die Einführung international gleichen Rechts durch Vereinbarung für manche Gebiete des Arbeiterschutzrechtes nicht für alle Zukunft ausgeschlossen sein. Namentlich dürfte dies bezüglich des Verbotes gesundheitsschädlicher Industrien und der Untersagung der Sonntags- und Kinderarbeit der Fall sein. Ueber die Ausgleichung der Verschiedenheiten im Arbeiterschutzrecht siehe Evert im Handw. d. Staatsw. III S. 782—785 und die dort angegebene Literatur, sowie die 1898 erschienenen Rapports et compte rendu analytique jenes Brüsseler Congresses S. 616, 672, 675, sowie 703.

[6]) So dankenswerth die oben Note 3 erwähnten Publicationen Everts und des Schweizer Arbeitersecretariates sind, so geben beide doch nur — übrigens vielfacher Ergänzung bedürfende — Zusammenstellungen der gesetzlichen Vorschriften, für die eigentlich rechtsvergleichende Forschung also lediglich Materialsammlungen.

[7]) Siehe die in Note 5 citirten Rapports S. 499—509.

daher im Einzelnen sehr schwer zu erkennen! Gewiss werden sich ähnliche Schwierigkeiten auch bei Vergleichung anderer Gesetze verschiedener Staaten zeigen können; allein sicher werden sie nirgends solche Bedeutung wie auf diesem Gebiete gewinnen! Wenn indess die vergleichende Rechtswissenschaft trotz dieser Schwierigkeiten das Arbeiterschutzrecht in Angriff nehmen muss, so dürfte eine rechtsvergleichende Betrachtung der Arbeitsordnungen bei der ausserordentlichen Wichtigkeit des Gegenstandes besonders angebracht sein.

Arbeitsordnungen, nämlich für die Arbeiter eines einzelnen gewerblichen Unternehmens bestimmte Sammlungen von Vorschriften, durch deren Feststellung der Unternehmer sowohl Ordnung im Betriebe wie Ersatz specieller Verabredungen beim Abschlusse der einzelnen Arbeitsverträge zu erreichen sucht, kommen heute in allen Culturländern vor, haben in einer Reihe von ihnen gesetzliche Regelung erfahren und werden, auch wo dies nicht der Fall ist, mitunter Gegenstand richterlicher Beurtheilung[8]). Die Wichtigkeit der Arbeitsordnungen speciell in unserem Vaterlande möge die statistische Angabe erläutern, dass nach der Berufs- und Gewerbezählung von 1895 mehr als 3720000 Personen in Unternehmungen thätig waren, für welche schon damals kraft gesetzlicher Vorschriften Arbeitsordnungen erlassen werden mussten[9]). In den letzten 6 Jahren ist aber zweifellos diese Zahl sowohl durch das Wachsthum der Grossindustrie wie durch die Bestimmungen der letzten Gewerbeordnungsnovelle noch erheblich gewachsen. Und doch dürfte in anderen Ländern, namentlich in Belgien, der Procentsatz der Bevölkerung, für den die gesetzlichen Bestimmungen über die Arbeitsordnung praktische Bedeutung haben, noch weit grösser als in Deutschland sein. Ueberall aber werden wirthschaftliche und rechtliche Momente Bedeutung und Anzahl der Arbeitsordnungen in den nächsten Jahren noch beträchtlich ver-

---

[8]) Vgl. z. B. für Frankreich Bulletin de l'Office du travail (Paris) 1897 S. 272 sowie Zt. Das Gewerbegericht V (1900) S. 110.

[9]) Vgl. Statistik des Dt. Reiches N. F. 119 (Berlin 1899) S. 66.

mehren. Dies wichtige Rechtsinstitut nun auch vom Standpunkte der vergleichenden Rechtswissenschaft zu behandeln, dürfte um so mehr angebracht sein, als wir gerade dadurch eine Bestätigung der Worte Bernhöft's[10]) erhalten, dass zum völligen Verständnisse eines einzelnen Rechts „eine gewisse Kenntniss der anderen geltenden Rechte nicht zu entbehren“ ist. Die vergleichende Rechtswissenschaft gewährt uns nämlich ein Mittel, das von Wissenschaft und Praxis viel behandelte Problem der Rechtsnatur und des Geltungsbeginns der Arbeitsordnung im deutschen Reichsrechte zu lösen.

Dass man dies bisher noch nicht erkannt hat, hängt sicher mit der Thatsache zusammen, dass unser Institut vom rechtsvergleichenden Gesichtspunkte bisher nur noch sehr wenig, in Deutschland noch gar nicht behandelt ist. Ueberhaupt besitzen wir eigentlich nur ein einziges Werk, welches werthvolle rechtsvergleichende Betrachtungen über die Arbeitsordnung enthält, das schöne Buch des Belgiers Bodeux: Études sur le contrat de travail[11]). Dies Werk hatte freilich in erster Linie den Zweck, die zur Zeit der Publication desselben in Angriff genommene und seitdem durchgeführte gesetzliche Regelung der Arbeitsordnung in Belgien zu fördern und die Art zu bestimmen, wie sie geschehen sollte. So ist denn auch der de lege ferenda handelnde letzte Theil dieser Arbeit besonders werthvoll; von den darin ausgesprochenen Bemerkungen kann die vergleichende Rechtswissenschaft Manches unmittelbar benutzen. Weit weniger für unsere Zwecke bieten die von der Pariser Rechtsfacultät preisgekrönten rechtsvergleichenden Schriften von Cornil und Hubert-Valleroux[12]) über den Arbeitsvertrag, da sie sich bezüglich der Arbeitsordnung im Wesentlichen auf Besprechung von französischen Gesetzentwürfen und Gerichtsurtheilen, sowie auf Uebersetzungen einiger fremden Gesetzestexte beschränken.

---

[10]) Jahrbuch der Intern. Verein f. vergl. Rw. u. Vlkswl. I S. 8.

[11]) Louvain et Paris 1896.

[12]) Beide Paris 1895.

Auch die fleissige rechtsvergleichende Studie des Italieners Jannaccone über den Arbeitsvertrag[13]) bringt über unser Thema nur die Vorschriften einiger Gesetze und ganz wenige zum Theil noch sehr anfechtbare kritische Bemerkungen.

Dagegen kommen die Behandlung der deutschen Arbeitsordnung in den Commentaren von Landmann's, Schenkel's und von Schicker's zur R.G.O. und die scharfsinnigen Untersuchungen, welche Bornhak, Rehm, Blankenstein und Apt[14]) ihr gewidmet haben, für unsere rechtsvergleichende Studie, wenn auch nur mittelbar, in Betracht. Auch müssen wir noch einen Blick auf die nationalökonomische Literatur über die Arbeitsordnung werfen. Sie bietet der Rechtswissenschaft durch die Aufhellung der für unser Institut massgebenden Lebensverhältnisse ein wichtiges Erkenntnissmittel sowohl für die Erforschung seiner Geschichte wie für sein Verständniss in der Gegenwart. Darüber hinaus findet der Jurist bei den Nationalökonomen aber auch über die eigentliche Geschichte und über die gegenwärtige Ausgestaltung unseres Instituts in den verschiedenen Staaten mannigfache Belehrung. Aus derjenigen volkswirthschaftlichen Literatur, welche selbst zur gesetzlichen Regelung der Arbeitsordnung im deutschen Reichsrechte beitrug, kommen für uns namentlich Schriften von Bitzer[15]), Friedrich Julius Neumann[16]) und Brentano[17]) in Betracht; ausserdem ist besonders Stieda's Artikel „Arbeitsordnungen und Arbeiterausschüsse“ im Handwörterbuche der Staatswissenschaften zu nennen[18]).

---

[13]) Archivio giuridico 53 (Pisa 1894) S. 160, 161.

[14]) Annalen des Dt. Reiches 1892 S. 669—673; ibid. 1894 S. 132—157; Arch. f. öffentl. Recht XIII (1897) S. 119—131; ibid. XV (1900) S. 321 bis 335.

[15]) Der freie Arbeitsvertrag und die Arbeitsordnungen 1872.

[16]) Die deutsche Fabrikgesetzgebung 1873.

[17]) Die Arbeitseinstellungen und der freie Arbeitsvertrag 1890 S. XXII—XXIX.

[18]) Vgl. auch die von Stieda a. a. O. I S. 970 angeführte nationalökonomische Literatur.

Indem wir unter Arbeitsordnung, wie schon erwähnt, eine für die Arbeiter eines einzelnen gewerblichen Unternehmens bestimmte Sammlung von Vorschriften verstehen, durch deren Feststellung der Unternehmer sowohl Ordnung im Betriebe wie Ersatz specieller Verabredungen beim Abschlusse der einzelnen Arbeitsverträge zu erreichen sucht, sehen wir von einer engeren Bedeutung des Wortes „Arbeitsordnung" ganz ab, welche dasselbe im schweizerischen Fabrikgesetze vom 23. März 1877 hat[19]); in ihm entspricht unserem Begriffe „Arbeitsordnung" durchaus das Wort „Fabrikordnung". Selbstverständlich macht es für die vergleichende Jurisprudenz keinen Unterschied, wie das Institut bezeichnet wird. In älteren Gesetzen sowie im Sprachgebrauche des gewöhnlichen Lebens finden sich neben „Arbeitsordnung" und „Fabrikordnung" auch die Bezeichnungen „Werkstätteordnung", „Hausordnung", „Dienstordnung", „Disciplinarordnung", während in England in diesem Sinne „code of factory discipline", „conditions" oder „rules of employment", in Frankreich und Belgien besonders „règlement d'atelier" oder „d'usine" gebraucht wird.

Entschieden zu eng ist der, in der Schweiz gebräuchliche Name „Fabrikordnung". Wohl ist gleich den meisten anderen Instituten des modernen Arbeiterschutzrechtes auch die Arbeitsordnung in der Fabrik entstanden und auch die gesetzliche Regelung der Arbeitsordnung bezog sich ursprünglich auf die Arbeitsordnungen in Fabriken; beides verbreitete sich dann aber auch auf andere Unternehmungen. Namentlich spielt die Arbeitsordnung auch im Bergrecht eine wichtige Rolle. Ferner werden in mehreren Staaten zahlreiche industrielle Unternehmungen, welche nicht als Fabriken bezeichnet werden können,

---

[19]) Dort bedeutet es das „Verhalten des Arbeiters während der Arbeit". Ueber die Bedeutung von „Arbeitsordnung" in den Preuss. Berggesetzen vom 21. Mai 1860 und 24. Juni 1865 vgl. Anlagen zu den stenogr. Ber. des (preuss.) Hauses der Abgeordneten Sess. 4 Leg.-Per. 17 (1892) S. 1580, 1581.

ihnen sowohl in anderer Beziehung, wie hinsichtlich der Arbeitsordnungen gesetzlich gleichgestellt, so vor Allem gewisse Bauunternehmungen. Ausserdem müssen in Deutschland nach der letzten Gewerbeordnungsnovelle auch für offene Verkaufsstellen von grösserem Umfange Arbeitsordnungen erlassen werden; in Belgien ist dasselbe schon seit 1898 bei jeder grösseren commerciellen und industriellen Unternehmung der Fall, also auch bei Transportgeschäften und bei Unternehmungen, welche lediglich hausindustrielle Arbeiter beschäftigen. Auch in der Landwirthschaft sind Arbeitsordnungen nachweisbar, wenn sie dort auch nicht diesen Namen führen[20]) und bisher nirgends obligatorisch sind[21]).

Wie schon diese Frage, in welchen Arten von Unternehmungen die Arbeitsordnung vorkommt, eine Darstellung der Geschichte dieses Instituts nahelegt, so bildet überhaupt bei der Behandlung der Arbeitsordnung, wie ja auch bei vielen anderen Thematen, die weltrechtshistorische schon einen Theil der rechtsvergleichenden Betrachtung. Freilich kann ich an dieser Stelle bezüglich der Geschichte des Instituts und seiner Regelung nur das Allerwichtigste mittheilen, indem ich für alle Einzelheiten auf meine demnächst erscheinende Schrift: „Die Arbeitsordnungen im Deutschen Gewerberecht“[22]) verweise.

---

[20]) Vgl. die in Schriften des Vereins für Socialpolitik Bd. 54 S. 566 ff. publicirten Formulare, welche als „Arbeitsordnungen“ für ländliche Arbeiter angesehen werden können.

[21]) Indess wurde schon Ausdehnung der Verpflichtung zum Erlasse der Arbeitsordnung auf landwirthschaftliche Unternehmungen in Belgien lebhaft verlangt, vgl. die Verhandlungen des Conseil supérieur du travail II. session 3. partie: règlements d'ateliers (Brux. 1895) S. 272—274, vgl. auch S. 269.

[22]) Berlin 1901, Siemenroth u. Troschel.

2. Uebersicht über die Geschichte der Arbeitsordnung.

Ihrer Natur nach setzt die Arbeitsordnung nicht nur eine freie Arbeiter beschäftigende grössere Unternehmung, sondern auch freie Regelung der wichtigeren Seiten des Arbeitsvertrages durch die Betheiligten voraus. Daher konnten sowohl im Alterthume wie im Mittelalter, wie auch in der Zeit Arbeitsordnungen überhaupt nicht zur Entstehung gelangen, in welcher Technik und Arbeiterverhältnisse in den einzelnen Fabriken wesentlich in den ihnen ertheilten Privilegien und in staatlichen Reglements festgestellt wurden. Was man aus jener Zeit gelegentlich für Arbeitsordnungen gehalten hat, sind doch mehr vereinzelte Anordnungen von Unternehmern für ihre Arbeiter oder specielle Polizeireglements für die Arbeiter einzelner Staatsfabriken[23]. Noch später als die industriellen sind die bergrechtlichen Arbeitsordnungen entstanden, da seit der Entwickelung grösserer bergwerklicher Unternehmungen die Einzelheiten des bergrechtlichen Arbeitsvertrages überall von den Behörden festgestellt wurden und die Bergleute in Deutschland und in den meisten anderen Ländern bis etwa zur Mitte unseres Jahrhunderts mehr den Charakter von subalternen Staatsbeamten als von Lohnarbeitern hatten[24].

Die ersten wirklichen Arbeitsordnungen finden wir in der zweiten Hälfte des vorigen Jahrhunderts in der englischen Baumwollindustrie; diese bietet bekanntlich das erste Beispiel von Unternehmungen, welche, zahlreiche freie Arbeiter in demselben Raume beschäftigend, Technik und Arbeitsverträge ganz unabhängig von staatlichen Reglements ordnen. Wahrscheinlich dürfte auch die Angabe des englischen Schriftstellers Andrew Ure eines richtigen Kernes nicht entbehren, dass die Spinnerei, welche der als Vervollkommner der Baumwollspinnmaschine

---

[23]) Vgl. meine im Text citirte Arbeit S. 10.

[24]) Ibid. Capitel III.

bekannte Richard Arkwright 1768 zu Nottingham begründete, die erste war, welche eine wirksame Arbeitsordnung besass[25]).

Mit der Zunahme des fabrikmässigen Betriebes in den einzelnen Gewerben und dem Aufhören der staatlichen Fabrikreglements verbreiteten sich auch die Arbeitsordnungen über die verschiedensten Arten von grossindustriellen Unternehmungen und über alle Culturländer, mit den Arbeitsordnungen aber auch viele der zahlreichen Uebelstände, welche dem Nationalökonomen als Begleiterscheinungen der Anfänge der Grossindustrie bekannt sind.

Während die Arbeitsordnung specielle Verabredungen beim Arbeitsvertrage ersetzt, wird sie doch meist, in älterer Zeit fast immer allein vom Unternehmer festgestellt; sie enthält in der Regel für den Arbeiter nur Verpflichtungen und Strafandrohungen, welche die Erfüllung dieser Verpflichtungen sichern sollen. Der Arbeiter ist zufrieden, wenn er zu angemessenem Lohne Arbeit findet, und schliesst den Arbeitsvertrag, ohne sich nach der Arbeitsordnung zu erkundigen; selbst wo sie ihm härter als die anderer Fabriken erscheint, giebt er doch nicht leicht um ihretwillen die Arbeit auf. Diese einseitige Festsetzung wichtiger Partien des Vertragsinhalts durch eine der Vertragsparteien führte aber vielfach dazu, dass Unternehmer ohne sociales Pflichtbewusstsein — und solche waren bekanntlich gerade in den ersten Zeiten der Industrie sehr häufig[26]) und werden leider nie ganz fehlen — die Arbeitsordnung zu arger Uebervortheilung des Arbeiters benutzten. So eigneten sich z. B. unredliche Fabrikanten einen Theil der zugesagten Arbeitslöhne dadurch an, dass sie in der Arbeitsordnung für alle möglichen Verfehlungen hohe Geldbussen einführten, welche in ihre eigene Kasse flossen.

Oft mussten die Arbeiter dadurch, dass sie sich mit der

[25]) Ibid. Capitel I S. 9.

[26]) Vgl. Schmoller, Zur Social- und Gewerbepolitik der Gegenwart (1890) S. 382, 383.

Arbeitsordnung für einverstanden erklärten, sich jedem Lohnabzuge unterwerfen, den der Arbeitgeber oder einer seiner Beamten über sie verhängen würden; oft mussten die Arbeiter auch eine ihnen gar nicht mitgetheilte Arbeitsordnung, oder Zusätze zur Arbeitsordnung, die der Fabrikinhaber später festsetzen werde, im Voraus als bindend anerkennen. Wo keine staatliche Controlle der Arbeitsordnungen existirt, stehen sie auch nicht selten mit Staatsgesetzen, namentlich dem Truckverbote und dem Verbote der Sonntagsarbeit in Widerspruch.

Obgleich alle derartigen mit den Arbeitsordnungen verbundenen Uebelstände sich zuerst in England bemerkbar machten, sind doch aus später zu erörternden Gründen die Arbeitsordnungen dort nicht von der Gesetzgebung geregelt worden. Während die englische unmittelbar durch praktische Bedürfnisse hervorgerufene[27]) Fabrikgesetzgebung bekanntlich in den meisten Partien des Arbeiterschutzes für den Continent vorbildlich geworden ist, entstammt der wesentliche Inhalt der Gesetze über die Arbeitsordnung der deutschen Wissenschaft.

Allerdings ist die Forderung, dass die Arbeitsordnungen in den Werkstätten ausgehängt und den Behörden mitgetheilt werden sollen, zuerst von einem französischen Ingenieur Louis Costaz aufgestellt. Indess davon abgesehen, dass durch jene Massnahmen die geschilderten Missbräuche nur zum Theil beseitigt wären, hat das von Costaz 1801 im Auftrage der damaligen französischen Regierung verfasste Project eines Fabrikgesetzes nicht nur keine Gesetzeskraft, sondern auch keinerlei Verbreitung gewonnen; erst 1892 ist es durch den Abdruck in einer wissenschaftlichen Zeitschrift weiteren Kreisen bekannt geworden[28]). Wenn ich Deutschland den Ruhm zuschreibe, die Erhebung der Arbeitsordnung zum Rechtsinstitute bewirkt zu haben, so denke ich auch nicht an den Gewerbeordnungsentwurf, der dem volkswirthschaftlichen Ausschusse

---

[27]) Vgl. Gustav Cohn im Jahrb. f. Gesetzgebung XIII S. 7, 8.

[28]) Vgl. das Note 23 citirte Buch S. 14, 15.

der Nationalversammlung zu Frankfurt a. M. 1848 von einigen Mitgliedern überreicht wurde. Dieser Entwurf überträgt Abfassung und Handhabung der Arbeitsordnung einer Körperschaft, welche zumeist aus frei gewählten Vertretern der Arbeiter des betreffenden Unternehmens bestehen soll, und lässt sie in beiden Beziehungen durch ein anderes Parlament controlliren, das die Gesammtheit der industriellen Unternehmer und Arbeiter in einem grösseren Bezirke repräsentirt[29]). Es ist klar, dass, wären diese Vorschläge Gesetz geworden, sie auch in der bestgeleiteten Fabrik jede Disciplin unmöglich gemacht hätten.

Diese Projecte lassen das Verdienst des Mannes nur noch klarer hervortreten, der zuerst sich wohl bewährende Grundlinien der Regelung der Arbeitsordnung entworfen hat, das Verdienst des berühmten Rechtsgelehrten Johann Kaspar Bluntschli. In dem von ihm 1844—52 verfassten „Ersten Entwurfe des privatrechtlichen Gesetzbuchs für den Kanton Zürich“ finden wir zum ersten Male die Arbeitsordnung derart geregelt, dass es unmöglich wird, sie zu widerrechtlicher Benachtheiligung der Arbeiter zu verwenden, dass aber gleichzeitig auch die berechtigten Interessen der Fabrikanten, sowie Ordnung und Sicherheit im Betriebe, die für alle Betheiligten unerlässlich sind, nicht bedroht, sondern gewahrt und gefördert werden[30]). In diesem Bluntschli'schen Entwurfe wird der Fabrikinhaber zum Erlasse einer Arbeitsordnung nur indirect gezwungen. Das Gesetz verpflichtet ihn nämlich, für die Aufrechthaltung der Ordnung und der guten Sitten in der Fabrik zu sorgen und berechtigt ihn ausdrücklich, zu diesem Zwecke „allgemeine Vorschriften zu erlassen, in welchen wegen Verletzung der

---

[29]) Ibid. S. 16.

[30]) Die betreffende Stelle steht als § 1885, 1886 in dem als Theil III des Entwurfes 1853 publicirten Obligationenrechte; sie ist in der Ausgabe von Theil III des Gesetzbuchs (1855) S. 483 Note wieder abgedruckt. Dass der Entwurf von Bluntschli schon 1852 vollendet war, geht aus seinen Denkwürdigkeiten II (Nördlingen 1884) S. 130 hervor.

Ordnung und der guten Sitten Bussen angedroht werden". Im Uebrigen finden wir in dem Bluntschli'schen Entwurfe schon die meisten der Grundsätze, welche heute in fast allen Staaten, in denen die Arbeitsordnung überhaupt gesetzlich geregelt ist, bei dieser Regelung massgebend sind: Die Verpflichtung des Arbeitgebers zum Anschlage der Arbeitsordnung und zu ihrer Vorlage an die Behörde, die Verweigerung obrigkeitlicher Genehmigung bei Verstössen gegen Recht und Billigkeit und bei Unklarheit, das Recht des Arbeitgebers zur Entscheidung, ob und welche Bussen in der Arbeitsordnung festgesetzt und kraft derselben im Einzelfalle verhängt werden, endlich die Verpflichtung, die Bussen im Interesse der Arbeiter zu verwenden.

Ueberall und mit Recht wird Bluntschli's Entwurf eines privatrechtlichen Gesetzbuchs für den Kanton Zürich, obgleich er für eine Landschaft bestimmt war, welche weder dem damaligen Deutschen Bunde noch dem heutigen Deutschen Reiche angehört, zu den besten Leistungen der deutschen Rechtswissenschaft gezählt. Ihr können wir es daher auch als Verdienst zuschreiben, durch jenen Entwurf die erste vorbildlich gewordene Regelung der industriellen Arbeitsordnung bewirkt zu haben. Am 24. October 1859 wurden nämlich die angeführten Vorschläge Bluntschli's über die Arbeitsordnung mit einigen Zusätzen im Kantone Zürich Gesetz. Dass sie erst so spät Rechtskraft erhielten, lag lediglich an Streitigkeiten über andere fabrikrechtliche Bestimmungen des Bluntschli'schen Entwurfes, welche dazu führten, dass man das ganze Fabrikrecht aus dem privatrechtlichen Gesetzbuche ausschied und es nach vielen Vorbereitungen an dem genannten Tage als besonderes Fabrikgesetz publicirte. Uebrigens haben auch die Zusätze, welche man schon in Zürich zu dem Bluntschli'schen Entwurfe hinsichtlich der Arbeitsordnung machte, in die grosse Mehrzahl der späteren Gesetze über dies Institut Aufnahme gefunden, namentlich das Gebot der Behändigung der Arbeitsordnung an die einzelnen Arbeiter, das Verbot entehrender Strafen, besonders der Prügelstrafe, und die Verpflichtung zur

Führung eines Bussenverzeichnisses, in das den Behörden auf Verlangen Einsicht zu gewähren ist.

Unabhängig von diesem Züricher Fabrikgesetze entwickelten sich auch im Bergrechte gesetzlich geregelte Arbeitsordnungen. Hier traten sie aber nicht an Stelle formeller Vertragsfreiheit der Betheiligten, sondern an Stelle des sogen. „bergbaulichen Directionsprincipes", d. h. mehr oder minder vollständiger staatlicher Leitung des Betriebes der privaten Bergwerke. Dieses Princip gaben die in der Mitte des 19. Jahrhunderts in mehreren deutschen Einzelstaaten erlassenen „allgemeinen Berggesetze" auf, namentlich weil man es als unberechtigte Einmischung in die wirthschaftliche Thätigkeit der Unterthanen ansah. Gleichzeitig suchte man aber nach Mitteln, die für alle Betheiligten so wichtige Ordnung und Disciplin im Bergbaue zu sichern, und setzte deshalb an Stelle der früher üblichen staatlich erlassenen und von den Behörden gehandhabten „Disciplinarreglements" staatlich controllirte Arbeitsordnungen. Zuerst geschah dies im Oesterreichischen „Allgemeinen Berggesetze vom 23. Mai 1854". Nach ihm darf und muss der Unternehmer die Arbeitsbedingungen, darunter auch die Disciplinarstrafen in einer „Dienstordnung" mit einer gewissen Selbständigkeit festsetzen, da die ausschliessliche staatliche Regelung des Arbeitsvertrages aufhören sollte, specielle Verabredung der Arbeitsbedingungen mit den einzelnen Bergleuten aber von vornherein als praktisch unmöglich erkannt wurde. Jene Dienstordnung muss über acht genau bestimmte Punkte Auskunft geben und die Genehmigung der Bergbehörde erhalten. Charakteristisch für das österreichische Bergrecht ist, dass in ihm der Arbeitgeber die nach der Dienstordnung verwirkten Strafen verhängen muss.

Die österreichische bergrechtliche Dienstordnung entspricht der von Bluntschli geregelten Fabrikordnung im Züricher Rechte insofern, als auf beide die früher gegebene Definition der Arbeitsordnung zutrifft und als beide obrigkeitlich revidirt und in den Arbeitsstätten angeschlagen werden sollen.

Im Uebrigen aber haben die sie einführenden Gesetzesbestimmungen in Form und Inhalt nichts Gemeinsames, und jedenfalls hat von Scheuchenstuel, der Verfasser des österreichischen Berggesetzes, Bluntschli's früher publicirten Entwurf nicht gekannt und benutzt[31]).

Ohne dass sich ein Einfluss des Züricher Rechts zeigt, wurden auch die Vorschriften des österreichischen Bergrechts über die Dienstordnung durch das österreichische Gewerbegesetz vom 20. December 1859 grösstentheils wörtlich in das dortige Industrierecht übertragen. Indess bezogen die Angaben, welche die Dienstordnung nach jenem Gesetze enthalten sollte, sich vorwiegend auf solche Verhältnisse, welche zugleich besondere gesetzliche Regelung erfuhren. Z. B. sollte die Dienstordnung angeben, in welcher Weise für Schulunterricht der in der Fabrik beschäftigten Kinder gesorgt sei. So war die Dienstordnung auch hier vorwiegend Hülfsmittel für die Behörden. Indess erfüllte sie auch diese Function recht schlecht, da damals den Bergwerksbehörden entsprechende besondere Behörden zur Fabrikaufsicht in Oesterreich fehlten.

Zum ersten Male verschmolzen werden die unabhängig von einander entstandenen Bestimmungen des Züricher und des österreichischen Rechtes über die Arbeitsordnung in den zwischen 1861 und 1863 erlassenen Gewerbeordnungen sechs deutscher Staaten, Baden, Württemberg, Königreich Sachsen, Sachsen-Weimar-Eisenach, -Meiningen und -Coburg. Freilich treten diese Gesetze schon in den Jahren der Einführung der R.G.O. in den betreffenden Staaten ausser Kraft. Damit verschwindet die Arbeitsordnung in Deutschland als industrierechtliches Institut zunächst gänzlich; als bergrechtliches hat sie innerhalb des Deutschen Reiches bis zu den neunziger Jahren des 19. Jahrhunderts nur im Königreiche Sachsen Bedeutung. Dort müssen die Bergwerksbesitzer nach dem Allgemeinen Berggesetze vom 16. Juni 1868 „die Verhältnisse der Bergleute in

[31]) Vgl. Koehne, Arbeitsordnung Capitel II.

administrativer und disciplineller Beziehung“ durch „Arbeiterordnungen“ regeln, die den Bergleuten mitzutheilen und von den Behörden zu prüfen sind. Die Bergwerksbesitzer sind verpflichtet, die nach den Arbeiterordnungen verwirkten Strafen zu verhängen. So wird unser Institut im sächsischen Bergrecht nach österreichischem Vorbilde in erster Linie als Mittel zur Aufrechterhaltung von Ordnung und Disciplin betrachtet. Dagegen wurde die Regelung der Arbeitsordnung in der Form, welche ihr die geniale Gestaltungskraft Bluntschli's für Zürich gegeben, von vier anderen Schweizer Kantonen in dem Decennium 1862—72 nachgeahmt. Indess gingen schon zwei derselben neben einigen anderen Verbesserungen zu dem jetzt überall herrschenden Grundsatze über, dass der Fabrikherr direct zum Erlasse der Arbeitsordnung verpflichtet wird. Die gesetzliche Regelung des Instituts in dieser Gestalt verbreitete dann das Schweizer Bundesgesetz vom 23. Mai 1877 über das ganze Land; in ihm wurde auch zum ersten Male den Arbeitern ein gesetzliches Recht auf Mitwirkung bei Abfassung der Arbeitsordnung verliehen.

Acht Jahre später verbessert Oesterreich die unzureichenden Bestimmungen seiner Gewerbeordnung über unser Institut in der dazu erlassenen Novelle von 1885. Sie fügt unter Anderem den früheren Bestimmungen hinzu, dass die Arbeitsordnung allen Arbeitern „bei ihrem Eintritte“ in die Fabrik „verlautbart“ werden solle. Die eigenthümliche Herkunft der gesammten österreichischen Bestimmungen aus dem bergwerklichen Directionsprincipe wirkt jedoch noch so vielfach nach, dass die österreichische Arbeitsordnung auch heute noch von der einheimischen Wissenschaft meist in erster Linie als „Aufsichtsbehelf für die Gewerbebehörde“, erst in zweiter als „Vertragsinhalt“ betrachtet wird[32]). Freilich erhielt sie auch als Hülfsmittel für die Fabrikaufsicht in Oesterreich erst im Laufe der Zeit praktische Bedeutung. Noch 1894 berichten mehrere

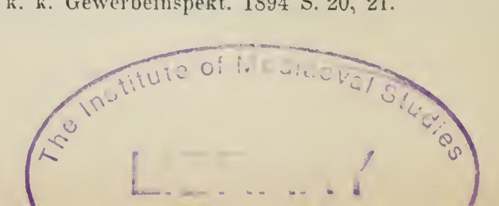
---

[32]) Vgl. z. B. Heilinger, Oest. Gewerber. (1894) II S. 87, Note 1.

österreichische Fabrikinspectoren, dass behördlich genehmigte Arbeitsordnungen, statt durch Anschlag den Arbeitern mitgetheilt zu werden, in das Schreibpult des Unternehmers wandern, wo sie mitunter so gut aufbewahrt werden, dass sie überhaupt nicht mehr zu finden sind[33]).

Auf dem schweizerischen Gesetze von 1877 und den Erfahrungen, die man mit ihm gemacht hatte, daneben aber auch auf dem österreichischen Gesetze von 1885 beruht, was unser Thema betrifft, der dem Deutschen Reichstage 1890 vorgelegte Entwurf des sogen. Arbeiterschutzgesetzes. Die aus verschiedenen Quellen herrührenden und noch durch einige selbständigen vermehrten Bestimmungen über die Regelung der Arbeitsordnungen sind aber in jenem Entwurfe vortrefflich zu einem einheitlichen Ganzen verschmolzen. Manches wurde freilich durch die Aenderungen verschlechtert, welche der Reichstag mit dem Entwurfe vornahm. Durch sie sind Widersprüche im Gesetzestexte hervorgerufen, welche zu lebhaften Controversen über seine Auslegung und zu einander widersprechenden Urtheilen der Gerichte geführt haben. Dieselben Uebelstände dürfte auch die neueste Gewerbeordnungsnovelle vom 30. Juni 1900 zur Folge haben, in welche ebenfalls durch die Initiative des Reichstages eine Bestimmung über die Arbeitsordnung eingefügt wurde. Diese Novelle dehnt die Vorschriften über unser Institut, welche sich bisher nur auf Fabriken und gewisse ihnen auch sonst gleichgestellte industrielle Betriebe mit mehr als 20 Arbeitern bezogen, mechanisch auf „offene Verkaufsstellen“ aus, in denen mehr als 20 Gehülfen oder Lehrlinge beschäftigt werden. Die Verschiedenheiten der socialen und rechtlichen Stellung der Handlungsgehülfen von derjenigen der Fabrikarbeiter sind wenig beachtet. Dagegen haben die seit 1892 erlassenen Berggesetze Preussens und der meisten übrigen deutschen Bundesstaaten zwar die gewerberechtlichen Bestimmungen über die Arbeitsordnung in das Bergrecht über-

[33]) Ber. der k. k. Gewerbeinspekt. 1894 S. 20, 21.


The Institute of Mediaeval Studies

tragen, sie aber doch auf Grund der besonderen Verhältnisse des Bergbaus in manchen Beziehungen verändert. Ganz abweichend vom Gewerberechte geben auch einzelne dieser Berggesetze der Behörde die Befugniss, ein Uebermass in den Strafandrohungen zu verhindern [34]).

Bisher haben wir nur von der Regelung der Arbeitsordnung in Ländern deutscher Zunge und deutschen Rechts gesprochen. Die Arbeitsordnung ist aber im Wesentlichen nach denselben Grundsätzen wie bei uns auch in anderen Ländern geregelt. So folgt z. B. das am 18. Mai 1884 in Ungarn erlassene Gewerbegesetz bezüglich der Arbeitsordnung dem österreichischen von 1859. Noch mehr als in ihnen ist in dem russischen Gesetze vom 3. Juni 1886, betreffend die Aufsicht über das Fabrikwesen, die dort als Hausordnung bezeichnete Arbeitsordnung wesentlich Hülfsmittel für die Behörde; doch gilt sie zugleich als Inhalt der Vereinbarung des Arbeitgebers mit den einzelnen Arbeitern, die freilich überhaupt nur wenige Punkte regeln darf.

Nach Publication des Arbeiterschutzgesetzes des deutschen Reiches ist die grossindustrielle und bergrechtliche Arbeitsordnung 1892 in Norwegen, die Arbeitsordnung in Unternehmungen jeder Art ausser den landwirthschaftlichen in dem belgischen Gesetze vom 15. Juni 1896 geregelt worden. Dies belgische Gesetz hat aber der Verschiedenheit der Etablissements, für welche es Arbeitsordnungen vorschreibt, in ausgezeichneter Weise Rechnung getragen und auch sonst auf Grundlage der bisherigen Gesetze weitergebaut, ohne sich an eines derselben besonders anzuschliessen. Dagegen ist für das norwegische Gesetz im Wesentlichen das Schweizer Vorbild gewesen; nur in einigen Momenten ist es mehr dem deutschen gefolgt. Endlich sind noch eine rumänische Verordnung von 1895 und eine spanische von 1897 zu erwähnen, welche beide die Arbeitsordnung in Bergwerken für obligatorisch erklären.

---

[34]) Vgl. unten S. 117, 118.

3. Rechtsstatistische Uebersicht.

Werfen wir jetzt einen Blick auf die gesammte Regelung der Arbeitsordnung in den einzelnen Ländern, so lassen sich in Bezug auf sie die Culturstaaten in drei Gruppen theilen:

1. Staaten mit gesetzlich geregelter Arbeitsordnung, nämlich Belgien, Deutschland, Oesterreich, Ungarn, Schweiz, Russland, Spanien und Rumänien[35]). In den letzten beiden Staaten bezieht sich die Regelung unseres Instituts nur auf Bergwerke, in allen übrigen auf Bergwerke und industrielle Unternehmungen. Ausserdem müssen, wie schon erwähnt, in Deutschland gewisse, in Belgien alle grösseren Handelsunternehmungen Arbeitsordnungen haben. Indess unterscheiden sich das deutsche und das belgische Recht in Bezug auf die commercielle Arbeitsordnung darin, dass diese bei uns für die Dienstverhältnisse der Handlungsgehülfen, in Belgien dagegen für die Dienstverträge der in dem Handelsunternehmen beschäftigten gewerblichen Arbeiter im engeren Sinne massgebend ist. Den Schweizer Kantonen Basel und Zürich ist eigenthümlich, dass dort die Behörden von zahlreichen, dem eidgenössischen Fabrikgesetze nicht unterstellten Unternehmungen, wenn sie weibliche Arbeitskräfte beschäftigen, den Erlass von Arbeitsordnungen verlangen können, falls es der Umfang und die Natur des Unternehmens rechtfertigen.

2. Staaten, in denen die Arbeitsordnung gesetzlich nicht geregelt und in denen auch eine gesetzliche Regelung dieses

---

[35]) Nach einer Bemerkung in der oben Note 3 erwähnten Uebersicht, die das Schweizer Arbeitersecretariat herausgegeben hat (S. 40), „muss“ auch in Venezuela „vor der Eröffnung eines Betriebes eine Arbeitsordnung erlassen werden, die besondere Bestimmungen über Arbeitszeit und Lohnzahlung enthalten soll“. Doch ist diese Angabe nach einer brieflichen Mittheilung unrichtig, die ich von Dr. Alejandro Urbaneja, Advokaten in Caracas, erhielt.

Instituts nicht zu erwarten ist, weil die sonst durch dieselben verhüteten Uebelstände dort auf andere Weise vermieden werden. Hier dürfte in erster Linie England zu nennen sein. Wenn dies Land, welches zuerst Arbeitsordnungen, mit den Arbeitsordnungen aber auch zahlreiche Missbräuche entstehen sah, noch heute kein die Arbeitsordnung regelndes Gesetz hat, so liegt dies sicher zum grossen Theile daran, dass in England die Ansicht, dass beim Arbeitsvertrage vor Allem das Recht freier Selbstbestimmung gewahrt werden müsse, wenigstens in Bezug auf erwachsene männliche Arbeiter lange Zeit massgebend war und noch heute Einfluss besitzt. In erster Linie ist indess das Fehlen von Gesetzen über unser Institut in England darauf zurückzuführen, dass dort die lediglich formale Gleichstellung der Contrahenten des Arbeitsvertrages durch die Organisation der Arbeiter in den Gewerkvereinen auch zu einer materiellen geworden ist. Die Arbeitsordnungen werden dort meist von Delegirten der Arbeitgebervereine und denjenigen der Gewerkvereine des betreffenden Erwerbszweiges für einen grösseren Bezirk gemeinsam festgesetzt und dürfen dann nur von ihnen gemeinsam geändert werden[36]. So hat es dort die Gesetzgebung weniger nöthig als auf dem Continente, selbst bezüglich der Arbeitsordnungen einzugreifen[37]. Uebrigens lässt sich auch in der englischen Arbeiterschutzgesetzgebung ein Einfluss von Ideen wahrnehmen, welche dem Gedanken sehr ähnlich sind, der in den Gesetzen über unser Institut vor Allem zum Ausdrucke kommt, nämlich dem, durch eine gewisse Publicität der Arbeitsordnung den Arbeiter selbst zum Controlleur seiner Rechte zu machen und zugleich die staatliche Fabrikaufsicht zu erleichtern. Zum Beispiel sind bekanntlich in Fabriken, welche Frauen, jugendliche Arbeiter und Kinder beschäftigen, die Bestimmungen über Anfangs-

---

[36]) Vgl. Brentano, Arbeitergilden II (1872) S. 466, 467.

[37]) Auch sind aus den angeführten Gründen die englischen Arbeitsordnungen am Ausgange des 19. Jahrhunderts viel humaner als die deutschen. Vgl. Dückershoff, Wie der englische Arbeiter lebt (Dresden 1898) S. 9, 10.

und Schlussstunde ihrer Arbeit und die Mahlzeitpausen dem Fabrikinspector anzuzeigen und den Arbeitern durch Anschlag zur Kenntniss zu bringen. Auch müssen nach einem Gesetze vom 6. Juli 1895 in Textil- und gewissen anderen Gattungen von Fabriken und Werkstätten die Abmachungen über Lohnberechnung und Lohnsatz durch Aushang in den Fabrikräumen, sowie in der Regel noch in den einzelnen Arbeitern zuzustellenden Schriftstücken angegeben werden.

Wie England haben auch Nordamerika und die englischen Kolonien sich jeder directen staatlichen Einwirkung auf die Arbeitsordnungen enthalten; nur Arbeitszeit und Ruhetage müssen in einzelnen australischen Kolonien in jeder Fabrik oder Werkstatt angeschlagen sein [38]).

3. Endlich fehlt Regelung der Arbeitsordnung noch in einer Reihe continentaler Staaten mit bedeutender Industrie wie in Frankreich, den Niederlanden, Schweden und Dänemark. Doch dürfte in ihnen allen die Einführung gesetzlich geregelter und obligatorischer Arbeitsordnungen nur noch eine Frage der Zeit sein.

4. Vergleichende Rechtsdogmatik.

Wie aus dem historischen und dem rechtsstatistischen Abschnitte hervorgeht, beziehen in den Ländern, welche überhaupt die Arbeitsordnung durch besondere Bestimmungen geregelt haben, diese sich stets nur auf gewisse Gattungen von Unternehmungen; wo aber ein Unternehmer beim Erlasse der Arbeitsordnung sie speciell betreffende Gesetzesvorschriften beachten muss, da ist heute in der Regel [39]) auch der Erlass der Arbeitsordnung vorgeschrieben. Freilich können staatliche

---

[38]) Vgl. Koehne a. a. O., Cap. V.

[39]) In Norwegen werden nämlich durch Abs. 9 von § 32 des Gesetzes betreffend die Aufsicht über die Fabrikarbeit vom 27. Juni 1892 die Vorschriften über Höhe und Verwendung der kraft der oblig. Arbeitsordnungen verhängten Geldbussen, zu denen auch alle Lohnabzüge wegen

Vorschriften an den Arbeitgeber, den Arbeitern ein bestimmtes Verhalten, z. B. „zwecks Sicherung eines gefahrlosen Betriebes“ anzubefehlen und diesen Befehl durch Strafandrohungen zu sichern, indirect die Verpflichtung zum Erlasse einer Arbeitsordnung enthalten, auf welche sich dann die speciellen gesetzlichen Bestimmungen über Arbeitsordnungen nicht beziehen. Insofern wird man ausser zwischen facultativer und obligatorischer Arbeitsordnung auch zwischen einfacher und qualificirter Arbeitsordnung zu unterscheiden haben. Eine einfache Arbeitsordnung, also eine solche, für welche specielle gesetzliche Bestimmungen nicht bestehen, ist in Deutschland z. B. jede Arbeitsordnung in Fabriken, die weniger als 20 Arbeiter beschäftigen, ferner jede Arbeitsordnung in Transport- und landwirthschaftlichen Unternehmungen, in Spanien und Rumänien jede Arbeitsordnung eines industriellen Betriebes.

In den Ländern, in denen die Arbeitsordnung überhaupt noch nicht gesetzlich geregelt ist, giebt es nur solche einfachen Arbeitsordnungen. Es kann keinem Zweifel unterliegen, dass die einfache Arbeitsordnung an sich überall den Arbeiter nur insoweit verpflichtet, als er auch sonst Anordnungen seines Arbeitsgebers in Bezug auf die ihm übertragenen Arbeiten und in anderen Beziehungen Folge leisten muss[40]. Soweit eine einfache Arbeitsordnung darüber hinausgeht, hat sie nur dann verbindende Kraft, wenn der betreffende Arbeiter sich ihr ausdrücklich oder stillschweigend unterworfen hat[41]. In

---

mangelhafter Arbeit und Materialverschwendung gerechnet werden sollen, auch auf alle anderen Fälle von Erhebung derartiger Bussen ausgedehnt. Jene Vorschriften beziehen sich also dort auch auf nicht oblig. Arbeitsordnungen.

[40]) Das Maass der Verpflichtung des Arbeiters ist natürlich nach den einzelnen Ländern und je nachdem es sich um Fabrikarbeiter, Bergleute oder Handlungsgehilfen handelt, verschieden. Vgl. Thalberg, Der Dienstvertrag (Zürich 1899) S. 105; Cesana-Giebel, Terminologie und Wesen des Arbeitsvertrages (Zürich 1898) S. 55; Bodeux S. 132; R.G.O. § 121, 134; H.G.B. § 59; Oesterr. Gewerbeordnung § 76 etc.

[41]) Vgl. Bodeux S. 63—66; auch von Landmann R.G.O. II³ S. 16;

welchen Fällen eine Arbeitsordnung speciellen gesetzlichen Vorschriften unterworfen ist, in welchen Fällen wir es also mit einer qualificirten und gleichzeitig auch obligatorischen Arbeitsordnung zu thun haben, darüber bestehen zur Zeit, wie wir schon gesehen haben, in den verschiedenen Staaten, namentlich auch bezüglich der Ausdehnung auf commercielle Unternehmungen, abweichende Bestimmungen. Ferner werden, wenn auch die Mehrzahl der Staaten, die überhaupt qualificirte Arbeitsordnungen haben, sie bei grösseren industriellen Unternehmungen verlangen, doch eben diese in sehr verschiedener Weise gegen die übrigen abgegrenzt. Die Begrenzung hat naturgemäss viel Willkürliches; z. B. wird in der Regel auf die Zahl der in dem Unternehmen beschäftigten Arbeiter besonderes Gewicht gelegt, aber sehr verschiedene Zahlen gelten als entscheidend. So ist unser Institut, sei es in allen industriellen Unternehmungen ohne[42]) oder mit[43]) Ausschluss gewisser Arten, sei es in Fabriken und ihnen ausdrücklich gleichgestellten Unternehmungen[44]) obligatorisch, sofern sie in Norwegen mehr als 25, in Deutschland und Oesterreich mindestens 20, in Belgien mindestens 5 Arbeiter beschäftigen. In der Schweiz[45]), Ungarn[46]) und Russland muss jede Fabrik

---

Schenkel R.G.O. II² S. 433; Rehm in Annalen d. Dt. Reiches 1894 S. 133; Seltsam, System des österr. Gewerberechts (Wien 1899) S. 104; Hubert-Valleroux S. 372. Wenn Cornil S. 155 Urtheile französischer Gerichte anführt, nach welchen Arbeitsordnungen, auch ohne dass die Arbeiter ihnen zugestimmt, für sie verbindlich geworden seien, so giebt er doch an, dass es sich bei ihnen um „règlements d'ordre et de discipline“ handelte.

[42]) So Norwegen. Siehe das oben citirte Gesetz § 32.

[43]) So Belgien. Ausgenommen sind dort allerdings nur solche Betriebe, in denen der Principal nur mit seinen bei ihm wohnenden Familienmitgliedern oder Dienstboten arbeitet. (Art. 1 des Gesetzes v. 15. Juni 1896.)

[44]) So Deutschland (R.G.O. §§ 134a u. 154) und Oesterreich (Gewerbeordnung § 88a).

[45]) Siehe das citirte Bundesgesetz § 7.

[46]) Gewerbegesetz vom 18. Mai 1884 § 113.

ohne Rücksicht auf die Zahl ihrer Arbeiter eine Arbeitsordnung haben; in letzterem Staate sind den Fabriken die Manufacturen gleichgestellt [47]. Die Verschiedenheit wächst noch dadurch, dass auch der Begriff der Fabrik in den einzelnen Gesetzgebungen sehr verschieden ist [48]. Zum Beispiel gehören in der Schweiz, in welcher alle Fabriken Arbeitsordnungen haben müssen, seit 1891 zu den Fabriken ausser sämmtlichen industriellen Betrieben mit 10 und gewissen mit 5 Arbeitern, auch alle diejenigen, welche aussergewöhnliche Gefahren für Leben und Gesundheit der Arbeiter bieten [49]. Mehrfach wird auch neben den Fällen, in denen die Arbeitsordnung unmittelbar vom Gesetz gefordert wird, auch Verwaltungsbehörden das Recht gegeben, entweder überhaupt oder unter gewissen Voraussetzungen, sobald sie es für angebracht halten, den Erlass einer Arbeitsordnung zu verlangen [50]. Mehr Uebereinstimmung besteht bezüglich der Unternehmungen mit obligatorischer Arbeitsordnung im Bergrechte; hier bezieht sich die Verpflichtung regelmässig auf alle Bergwerke, und es dürfte wohl, wie in Preussen, überall Sache der Bergbehörden sein, die wirklichen Bergwerke von blossen Versuchsarbeiten abzugrenzen [51].

---

[47]) Vgl. die Gewerbeordnung von 1887 § 91—111 (nach: Die Fabrikgesetzgebung des Russischen Reiches, Riga 1894, S. 26—32); vgl. über das zu Grunde liegende Gesetz vom 3. Juni 1886 Tugan-Baranowsky, Gesch. d. russischen Fabrik übers. von Minzès (1900) S. 473 ff.

[48]) Vgl. Stieda im Handw. d. Staatsw. III² S. 771.

[49]) Bundesrathsbeschluss vom 3. Juni 1891 § 1 (Amtl. Samml. der Bundesgesetze N. F. XII S. 123).

[50]) So in Norwegen bei industriellen Unternehmungen, die 25 oder weniger Arbeiter beschäftigen (Gesetz vom 27. Juni 1892 § 32), ferner in den Schweizer Kantonen, welche von der Befugnis Gebrauch gemacht haben, weitergehende Arbeiterschutzbestimmungen zu erlassen als die, welche im Bundesrechte enthalten sind, nämlich Zürich, Basel (s. oben S. 102 u. Arch. f. soz. Gesetzg. VI, 370, VII, 479) und Glarus (Gesetz vom 8. Mai 1892 § 1).

[51]) Vgl. die oben Note 19 citirte Begr. der Novelle zum Preuss. Berggesetze S. 1583 und den Comm.-Ber. zu derselben (Anlagen Nr. 146)

Während die Rechtsgelehrten über den juristischen Charakter der einfachen Arbeitsordnung einig sind[52], hat man über den der qualificirten ausserordentlich viel gestritten. Die meisten Juristen, z. B. von Deutschen Neukamp[53], Joel[54], Zorn[55], Laband[56], von Landmann[57] und die Bergrechtler Brassert[58], Hense[59] und Arndt[60], ferner von Oesterreichern Krasnopolski[61] und Schreiber[62], sowie der Belgier Bodeux[63], sehen auch in der qualificirten Arbeitsordnung „einen vom Arbeitgeber aufgestellten Vertragsentwurf, welcher dadurch rechtsverbindliche Kraft erlangt, dass der Arbeitnehmer sich mit demselben bei seinem Eintritt in die Beschäftigung ausdrücklich oder stillschweigend einverstanden erklärt[63a]". Sowohl in Deutschland wie im Auslande ist aber auch die Ansicht vertreten worden, dass die qualificirte Arbeitsordnung ein Stück objectiven Rechtes, eine Art von Rechtsquelle sei. Von den Vertretern dieser Anschauung sehen dann

---

S. 1999. In Preussen und den Staaten, welche die Grundsätze der Preussischen Berggesetznovelle vom 24. Juni 1892 recipirt haben, kann aber die Bergbehörde den Bergwerksbesitzer „auf Antrag von dem Erlass einer Arbeitsordnung entbinden, wenn der Betrieb nur von geringem Umfange oder von kurzer Dauer ist". Vgl. den durch jene Novelle in das Allg. Berggesetz für die preuss. Staaten vom 24. Juni 1865 eingefügten § 80a, Abs. 5.

[52]) Vgl. oben S. 105 mit Note 41.

[53]) Zt. f. Staatsw. 1891 S. 28 ff. und Commentar zur R.G.O. (1896) S. 246.

[54]) Arbeiterschutzgesetz (1893) S. 164, 166.

[55]) Staatsr. II (1897) S. 85 Note 53.

[56]) Staatsr. II (1895) S. 207.

[57]) R.G.O. II³ (1897) S. 266, 267.

[58]) Zt. f. Bergrecht I, 447.

[59]) Zt. f. Bergrecht XXXII S. 240.

[60]) Bergbau (Leipz. 1894) S. 102.

[61]) Zt. f. das Privat- und öffentl. Recht XIV S. 331.

[62]) Der Arbeitsvertrag nach heutigem österr. Privatr. (Wien 1897) S. 24, 25.

[63]) S. 193—195.

[63a]) So von Landmann S. 267.

Manche, z. B. von deutschen Juristen Bornhak[64]), Jellinek[65]) und Schenkel[66]), sowie die Franzosen[67]) Hubert-Valleroux[68]) und Gibon[69]) die Arbeitsordnung als ein Product einer dem Fabrikbesitzer eingeräumten Verordnungsbefugniss an, indem der Staat ihn gewissermassen zu seinem Organ gemacht haben soll. Freilich ist nach einigen der zuletzt Genannten diese Anschauung in den heutigen Gesetzen nicht voll durchgeführt. So erklärt z. B. Bornhak[70]) „die Arbeitsordnung“ für „eine zwitterhafte Rechtsbildung mit Januskopf, wie solche gerade Perioden socialer und politischer Neugestaltung eigenthümlich“ seien.

Für objectives Recht erklärt die Arbeitsordnung auch der Erlanger Staatsrechtslehrer Rehm[71]), der aber in scharfsinnigen Ausführungen nachzuweisen sucht, dass die Arbeitsordnung ein vom Fabrikbesitzer kraft eigenen Rechtes erlassenes Gesetz sei. Rehm führt aus, dass der Staat bei Regelung der Arbeitsordnung die von der nationalökonomischen „Theorie der Feudalisirung der Industrie“ empfohlenen Gedanken „verwirklicht“ habe. „Da die Abhängigkeit des Arbeiters vom Arbeitgeber doch nicht aufgehoben werden könne, so solle sie wenigstens eine Veredelung und Humanisirung ... erfahren.“ So nähert sich Rehm der in verschiedenen Par-

---

[64]) Annalen des Dt. Reichs (1892) S. 669—673.

[65]) System der subj. öffentl. Rechte (1892) S. 242.

[66]) R.G.O. II² S. 430 Nr. 1, S. 463 Nr. 1.

[67]) Sie können insofern an dieser Stelle angeführt werden, als sie dem Unternehmer deshalb das ausschliessliche Recht der Abfassung der Arbeitsordnung bei ihrer Regelung gewahrt wissen wollen, weil er dem Staate für Aufrechterhaltung der Ordnung in der Fabrik verantwortlich sein müsse, und Gibon deutet auch an, dass nach seiner Ansicht die ausländischen Gesetze dem Arbeitgeber nur aus diesem Grunde jene Befugniss gelassen hätten.

[68]) S. 375.

[69]) La réforme sociale XXVIII (1894) S. 175—178.

[70]) a. a. O. S. 673.

[71]) Ann. d. Dt. Reiches 1894 S. 136, 137, 155, 156.

lamenten von socialdemokratischen Abgeordneten[72]) aufgestellten Behauptung, dass die Arbeitsordnungen, sowohl die einfachen wie die gesetzlich geregelten, gleich den Satzungen der mittelalterlichen Grundherren für ihre Hörigen Producte einer Herrschaft einer Privatperson über ihre Mitbürger, also ein mit den Grundlagen der heutigen Rechtsordnung in Widerspruch stehendes Institut seien.

Ganz neuerdings haben auch Nothardt[73]), Lotmar[74]) und Apt[75]) die Arbeitsordnung für eine einseitige Verfügung erklärt. Nothardt stimmt im Allgemeinen mit Rehm überein; Lotmar hat sich leider über seine Auffassung nicht näher ausgesprochen; Apt aber sieht die Arbeitsordnung als eine „kraft Gesetzes" den Arbeiter bindende Erklärung des Unternehmers an, welche aber gar nicht Theil der Arbeitsverträge werde.

Suchen wir diesen verschiedenen Ansichten gegenüber die Natur der qualificirten Arbeitsordnung festzustellen, so

---

[72]) Vgl. namentlich die Begründung des Antrages Ferroul in der französischen Kammer, die Bodeux S. 494 wiedergiebt, und die bei dieser Gelegenheit gesprochenen Worte des Abg. Lafargue: Je dis que vous, qui avez supprimé la royaute féodale, vous avez laissé établir dans l'atelier la royauté patronale; que vous, qui avez également supprimé les justices seigneuriales, vous avez laissé établir dans l'atelier la justice patronale. Jusqu'ici, cette royauté, cette justice patronale n'etaient que tolerées, c'est-à-dire que la loi les ignorait ... Aujourd'hui la commission ... vous propose de conférer ce pouvoir anticonstitutionel au patron. (Annales de la chambre d. dép. Débats parl. Sess. extraord. 1892 p. 204.) Vgl. auch die dieselbe Auffassung wiedergebenden Ausführungen in den Sten. Ber. d. Dt. Reichstags 1890, IV S. 150, 2165, 2166, 2269, 2282, 2288 und in den belgischen Ann. de la Chambre des Repr. 1895—96 S. 991, 1061. — Vom socialpolitischen, nicht vom juristischen Gesichtspunkte aus hat auch Brentano, Schr. d. V. f. Socialpol. 47 S. 125, 126 die Arbeitsordnungen mit den Satzungen des Hofrechts verglichen.

[73]) Zt. f. d. ges. Staatsw. 55 (1899) S. 347.

[74]) Arch. f. soc. Gs. XV (1900) S. 112.

[75]) Arch. f. öffentl. R. XV S. 331, 332.

kann für uns die nationalökonomische Betrachtung[76]) in keiner Weise massgebend sein, dass die Parteien thatsächlich nicht als Gleichgestellte den Vertrag schliessen. Wie bei allen Verträgen kommen bei Arbeitsverträgen, soweit nicht etwa gesetzlich das Gegentheil ausdrücklich ausgesprochen ist, die ökonomischen Verhältnisse der Vertragschliessenden und die Beweggründe, die sie zum Abschlusse des Vertrags bewogen haben, rechtlich gar nicht in Betracht. Wollte man in Hinsicht auf sie die Arbeitsordnung als Gesetz ansehen, so müsste dies auch in erster Linie bei der einfachen Arbeitsordnung der Fall sein, und gerade diese sehen alle Juristen mit Recht nur insoweit als wirksam an, als sie Vertragsinhalt ist.

Ferner steht auch die Geschichte der gesetzlichen Regelung der Arbeitsordnung zu der Auffassung in schärfstem Widerspruch, dass die qualificirte Arbeitsordnung seitens des Fabrikanten erlassenes objectives Recht sei, dass er sie als Vertreter des Staates oder kraft ihm eingeräumter eigener öffentlichrechtlicher Befugnisse erlassen habe! Wie wir gesehen haben, bildet, soweit nicht das österreichische Bergrecht und sein Einfluss in Betracht kommt, das Züricher Fabrikgesetz die Grundlage aller heute geltenden Gesetze über unser Institut. Sollen wir annehmen, dass jener demokratisch regierte Kanton dem Arbeitgeber Herrschaftsrechte gegenüber seinen Mitbürgern verliehen oder bestätigt oder ihn jenen gegenüber um seines Besitzes willen zum Vertreter des Staates gemacht habe? Aber auch in dem österreichischen Berggesetze ist Derartiges nicht beabsichtigt; in seinen Motiven wird vielmehr hervorgehoben, dass das Verhältniss des Bergwerksbesitzers zu seinen Arbeitern ein rein privatrechtliches ist[77]). Zahlreiche Aeusserungen ähnlicher Art würden sich

[76]) Vgl. Schmoller in Schr. d. V. f. Socialp. VII S. 74, 75; C. Roscher ibid. S. 20.

[77]) Vgl. von Scheuchenstuel, Motive zu dem allg. österr. Berggesetze vom 23. Mai 1854 (Wien 1855) S. 37 ad 8 u. S. 373.

aus den Begründungen der übrigen Gesetze über unser Institut und den parlamentarischen Berathungen, welche vor ihrer Annahme stattfanden, anführen lassen[78]). Hier sei nur darauf hingewiesen, dass der allerhöchste Erlass vom 4. Februar 1890, der das deutsche Arbeiterschutzgesetz ins Leben rief, ausdrücklich hervorhebt, es solle dafür gesorgt werden, dass trotz der wirthschaftlichen Ueberlegenheit des Arbeitgebers der „Anspruch“ der Arbeiter „auf gesetzliche Gleichberechtigung gewahrt“ bleibe.

Wenn demnach der Arbeitgeber zu dem einzelnen Arbeiter, auch wo eine qualificirte Arbeitsordnung erlassen ist, nur in privatrechtlichen Beziehungen steht, so hindert dies durchaus nicht, dass die Arbeitsordnung durch ihre gesetzliche Regelung auch ein öffentlichrechtliches Institut geworden ist. Wie schon Seydel[79]) es trefflich formulirt hat, ist der Erlass der Arbeitsordnung zwar den Arbeitern gegenüber eine privatrechtliche Handlung, der Staatsgewalt gegenüber aber Erfüllung einer öffentlichrechtlichen Pflicht. In Beziehung auf unser Institut haben jetzt die Behörden und zwar in manchen Staaten die speciellen Gewerbeaufsichts- und Bergwerksbehörden, in anderen bestimmte andere Verwaltungsbehörden gegenüber dem Unternehmer eine Reihe strafrechtlich geschützter Ansprüche, namentlich:

---

[78]) Vgl. z. B. die von Apt a. a. O. S. 325, 326 angeführten Stellen aus den Motiven der R.G.O., sowie auch die Begründung der preuss. Berggesetze, Anl. zu den Sten. Ber. 1892 Nr. 99, S. 1581. Vgl. auch aus den Motiven des belgischen Gesetzes in Doc. parl. Chambre des repr. 1894—95 Nr. 279: „Dans ce système, qui est celui du projet, le chef d'industrie reste libre, comme auparavant, de proposer, et l'ouvrier d'accepter telle durée du travail journalier, tel mode de rémunération du travail qu'ils jugent convenables;“ s. auch aus den Verhandlungen des belgischen Senats die Bemerkung von de Sélys-Longchamps, Art. 3 habe zum Zweck „d'incorporer le règlement d'atelier au contrat“ (Ann. parl. S. 215).

[79]) Bayer. Staatsr. V (1891) S. 712.

1. einen Anspruch auf Erlass einer den Gesetzen entsprechenden Arbeitsordnung in der gesetzlich vorgeschriebenen Form;

2. einen Anspruch auf Einreichung, sei es des Entwurfs der Arbeitsordnung, sei es, wie in Deutschland und Belgien, der Arbeitsordnung selbst, wozu noch in manchen Ländern die Einreichung der Acten über die Einwendungen kommt, welche die Arbeiter gegen den Entwurf erhoben haben;

3. einen Anspruch auf Abänderung der Arbeitsordnung in bestimmten Fällen, sowie einen Anspruch auf Erhaltung der Arbeitsordnung in lesbarem Zustande.

Daraus, dass die Arbeitsordnung im Verhältniss von Arbeitgeber und Arbeiter ein privatrechtliches Institut ist, folgt auch nicht, dass sie, wie so vielfach behauptet wird, einen vom Arbeitgeber aufgestellten und vom Arbeiter angenommenen Vertragsentwurf bildet. Eine Bekanntmachung der Arbeitsordnung an den Arbeit Suchenden ist im Allgemeinen nicht üblich und nirgends gesetzlich vorgeschrieben. Die qualificirte Arbeitsordnung ist eben Vertragsinhalt, beruht aber nicht auf Verabredung der Betheiligten. Wie wir früher gesehen haben [80]), verpflichtete der Bluntschli'sche Entwurf den Fabrikbesitzer wenigstens indirect, allgemeine Vorschriften zur Aufrechterhaltung von Ordnung und guter Sitte in der Fabrik zu erlassen. Diese vom Arbeitgeber zu erlassenden Vorschriften werden aber schon in einem Theile der Schweizer kantonalen Gesetze als „Fabrikordnung" bezeichnet [81]). Das österreichische Berggesetz aber giebt dem Unternehmer das Recht, an Stelle

---

[80]) Siehe oben S. 95, 96.

[81]) Im Züricher Fabrikgesetze § 6 heissen sie „Fabrikvorschriften" oder „Fabrikverordnungen"; das Fabrikgesetz des Kantons Aargau von 1862 § 12 u. § 14 und dasjenige von Baselland 1868 § 9 sprechen dafür vom „Reglement", dagegen die 1869 u. 1873 erlassenen Fabrikgesetze von Baselstadt (§ 10—12) und Schaffhausen (§ 13 u. 14) von der „Fabrikordnung". Vgl. Böhmert, Arbeiterverhältnisse in der Schweiz (Zürich 1873) I S. 75, 95, 113, 107 u. 115, 116.

der wegfallenden Bestimmungen der Behörden über Einzelheiten des Arbeitsvertrages Dienstordnungen zu verfassen[82]. Auch in den späteren Gesetzen ist immer nur von Anschlagen[83], Aufstellen[84] und Erlassen[85] der Arbeitsordnung durch den Arbeitgeber, nie von einem Vereinbaren der Arbeitsordnung durch die Parteien die Rede. Dem Fabrikbesitzer wird also formell das Recht gegeben, die in den Arbeitsverträgen regelmässig wiederkehrenden Bestimmungen, den generellen Inhalt der Arbeitsverträge, wie wir jene Bestimmungen nennen können, einseitig festzustellen; es konnte dies um so mehr geschehen, als weder die materielle noch die rechtliche Lage des Arbeiters dadurch verschlechtert wurde. Da der einzelne Arbeiter seine Interessen beim Abschlusse des Arbeitsvertrages doch nicht wahrnehmen kann, so sorgt der Staat, soweit er die Arbeitsordnungen regelt, wenigstens stets dafür, dass die Interessen des Arbeiters nicht durch Gesetzwidrigkeiten in der Arbeitsordnung verletzt werden, und dass diese den generellen Inhalt der Arbeitsverträge bestimmt und klar formulirt. Eine Wahrnehmung der Interessen der Arbeiter durch eine dem Fabrikherrn auferlegte Verpflichtung liegt auch vor, wenn ausserdem mehrere Staaten[86] auch noch eine Vorlegung der Arbeitsordnung an die Arbeiter, einen Theil oder einen Ausschuss derselben verlangen. Der Arbeit-

---

[82] § 200: Ueber die Dienstverhältnisse des Aufsichts- und Arbeitspersonales muss bei jedem Werke eine Dienstordnung verfasst... werden.

[83] So in der österr. und der ungar. Gewerbeordnung.

[84] So das sächsische Bergrecht sowie die heute nicht mehr geltenden Gewerbeordnungen von Baden, K. Sachsen, Sachsen-Weimar-Eisenach und Coburg.

[85] So das Schweizer Bundesgesetz und sämmtliche Vorschriften der Schweizer Kantone über unser Institut, das ehem. preuss. Berggesetz vom 21. Mai 1860, die R.G.O. und die auf der Novelle vom 1. Juni 1891 zu diesem Gesetze beruhenden deutschen Berggesetze, auch Belgien („arrêter“) und Norwegen („istandbringe“).

[86] Siehe weiter unten.

geber, der die generellen Vertragsbedingungen einseitig festsetzt, soll wenigstens nicht, ohne es zu wissen, die Interessen oder Gefühle seiner Arbeiter verletzen.

So wenig wie diese Fürsorge des Staates für Verhütung als schädlich erachteten Inhalts eines privatrechtlichen Vertrages bildet auch die Legalisirung der Thatsache, dass der Inhalt des Arbeitsvertrages, soweit er auf der Arbeitsordnung beruht, nur von einer der beiden Vertragsparteien festgestellt wird, eine im modernen Gewerberechte einzig dastehende Erscheinung. Vielfach lässt sich bei den gesetzlichen Vorschriften über die allgemeinen Versicherungsbedingungen, die Taxen der Gesindevermiether und Stellenvermittler[87]), die Reglements der öffentlichen Lagerhäuser sowie diejenigen von Privateisenbahnen und anderen dem öffentlichen Verkehre dienenden Anstalten Befolgung derselben Grundsätze erkennen. Regelmässig stellt auch hier der eine Contrahent die Bedingungen fest, unter denen er Verträge der betreffenden Art gewerbsmässig abschliessen will, der andere ordnet sich ihnen in der Regel, ohne Aenderungen des Vertragsinhalts zu verlangen, unter, oft sogar, ohne von ihm überhaupt Kenntniss genommen zu haben. Regelmässig ist auch dort der die generellen Vertragsbedingungen festsetzende Contrahent seinen Mitcontrahenten an Geschäftskenntniss und materiell gewaltig überlegen. Auch in diesen Fällen kommt es deshalb häufig vor, dass der Staat die überlegene Vertragspartei gleichzeitig ermächtigt und zwingt, den generellen Inhalt der von ihr abzuschliessenden Verträge ein für alle Mal festzustellen; der so festgestellte generelle Vertragsinhalt unterliegt aber obrigkeitlicher Prüfung, oft auch obrigkeitlicher Bestätigung, und kann, sobald diese erfolgt ist, in manchen Beziehungen auch nicht mehr durch Verabredungen der Parteien ausser Kraft gesetzt werden. So wird auch in diesen Fällen die thatsächlich nicht existirende Theilnahme des schwächeren Contrahenten

---

[87]) Vgl. R.G.O. § 75a.

an der Feststellung des Vertragsinhaltes in gewisser Weise auch noch rechtlich beseitigt.

Die Aehnlichkeit derartiger staatlich geprüfter Reglements, z. B. im Transportwesen, mit den Arbeitsordnungen beschränkt sich aber nicht darauf, dass beide den lediglich von einer Partei festgestellten Vertragsinhalt bilden. Beide sind auch Verwaltungsvorschriften für die Beamten der betreffenden Unternehmung. Manche in den Arbeitsordnungen häufig vorkommenden Bestimmungen haben sogar lediglich als solche Anweisungen rechtliche Bedeutung, z. B. diejenigen über die Bedingungen der Annahme von Arbeitern. Mitunter enthält die Arbeitsordnung auch Bestimmungen, welche juristisch völlig irrelevant sind, wie Versicherung des Wohlwollens seitens des Unternehmers oder das Aussprechen der Erwartung, dass alle Arbeiter der Fabrik Ehre machen werden.

Von den praktischen Consequenzen der Erkenntniss, dass die Arbeitsordnung im Verhältniss zwischen Arbeitgeber und Arbeiter Vertragsinhalt ist, sei hier darauf hingewiesen, dass alle Streitigkeiten über Verpflichtungen einer dieser Vertragsparteien aus einer Bestimmung der Arbeitsordnung, namentlich auch die aus ihren Strafandrohungen, Streitigkeiten über den Arbeitsvertrag sind. Sie gehören daher auch überall zur Competenz der Gewerbegerichte, wo solche bestehen[88]). Ebenso folgt aus dem Wesen der Arbeitsordnung, dass ein Irrthum über ihre Bestimmungen in Streitigkeiten über den Arbeitsvertrag Irrthum über eine Thatsache, nicht Rechtsirrthum ist.

Aus der Natur der Arbeitsordnung als eines vom Unternehmer ein für alle Mal kraft staatlicher Vorschrift festzu-

---

[88]) In Deutschland haben Rehm S. 137 und Apt S. 334 aus ihren abweichenden Anschauungen über den Charakter der Arbeitsordnung die entgegengesetzte Ansicht gefolgert, während die deutschen Gewerbegerichte, trotzdem auch sie die rechtliche Natur der Arbeitsordnung sehr verschieden aufgefasst haben, sich doch stets bei Streitigkeiten der Parteien des Arbeitsvertrages über Ansprüche, die auf der Arbeitsordnung beruhen, für competent erklärt haben.

stellenden generellen Vertragsinhaltes folgt aber auch, dass ihre Rechtswirksamkeit von der Kenntnissnahme des Arbeiters oder von einem Hinweise auf sie ganz unabhängig ist. Ebenso ist die Rechtswirksamkeit auch davon unabhängig, dass der Arbeitgeber, eine ihm überall, ausser in Oesterreich [88a]), auferlegte Verpflichtung erfüllend, dem Arbeiter einen Abdruck der Arbeitsordnung behändigt. Dagegen ist überall dazu, dass überhaupt eine rechtswirksame Arbeitsordnung zu Stande kommt, der Aushang in den Arbeitsräumen nothwendig. Doch darf in Deutschland und Belgien die Arbeitsordnung frühestens zwei Wochen nach ihrem Aushange in Geltung treten; dadurch ist den Arbeitern im Allgemeinen die Möglichkeit gesichert, den Arbeitsvertrag vor dem Zeitpunkte zu lösen, an welchem der neue Vertragsinhalt Rechtskraft erlangt.

Als Essentialia für das Zustandekommen einer wirksamen qualificirten Arbeitsordnung sind also in Deutschland und Belgien der Aushang und der Eintritt des von ihr angegebenen Geltungsbeginns anzusehen. In den übrigen Staaten, ausser in Oesterreich [88b]), ist auch die behördliche Genehmigung Bedingung der Wirksamkeit. Diese Genehmigung darf aber fast nirgends versagt werden, wenn die Arbeitsordnung nicht gegen das Recht oder die guten Sitten verstösst; nur im österreichischen [89]) und bezüglich der Strafbestimmungen auch

---

[88a]) Dort ist nur „Verlautbarung“ der Arbeitsordnung an die Arbeiter vorgeschrieben. Vgl. oben S. 99. In Praxi gilt als „Verlautbarung“ Behändigung eines Abdrucks, mündliche Mittheilung der wichtigsten Bestimmungen der Arbeitsordnung und Aufforderung von dem Inhalte der angeschlagenen Arbeitsordnung Kenntniss zu nehmen. Vgl. den in Sociale Praxis VIII (Leipzig 1898) S. 1175 abgedruckten Erlass des österreich. Handelsministeriums.

[88b]) Doch auch dort nicht im Berg-, sondern nur im Gewerberechte. Vgl. über dieses Pfersche, Das gewerbliche Arbeitsverhältniss nach österreich. Rechte (Wien 1892) S. 40.

[89]) Siehe die am 25. Sept. 1854 erlassene Vollzugsvorschrift zum Allg. Berggesetz § 102 vgl. Haberer und Zechner, Handbuch d. österreich. Bergrechts (1884) S. 354.

im sächsischen[90]), badischen[91]), sondershausener[92]) und altenburgischen[93]) Bergrechte kann Aenderung der Arbeitsordnung auch bei Verletzung der Interessen der Arbeiter verlangt werden[94]).

Trotz erfolgter Genehmigung kann in der Schweiz die Behörde Aenderung einer Arbeitsordnung fordern, wenn sie nachträglich in ihr Ungesetzlichkeiten wahrnimmt[95]). Da das deutsche und belgische Gesetz den Behörden dieselbe Befugniss vorbehalten wollten[96]), so haben sie gar nicht von Genehmigung gesprochen, und der Arbeitgeber, welcher ein Exemplar seiner Arbeitsordnung eingereicht hat, erhält hier eventuell nur den Bescheid, dass gegen sie zur Zeit nichts einzuwenden sei.

Zu den Vorgängen, welche dem Erlasse der Arbeitsordnung vorangehen sollen, gehört in der Schweiz, Deutschland, Norwegen und Belgien auch die Mittheilung des Entwurfs an die Arbeiter, denen zugleich Gelegenheit gegeben werden muss, sich über ihn zu äussern; neuerdings ist dasselbe auch

---

[90]) Vgl. Allg. Berggesetz f. d. K. Sachsen § 89 in der Fassung der Novelle von 1884 (hrsg. von Wahle 1891 S. 365).

[91]) Berggesetz vom 22. Juni 1890 § 74 (Zt. f. Bergrecht 31 S. 500).

[92]) Berggesetz vom 6. März 1894 § 76 (ibid. 38 S. 172 Note 3).

[93]) Berggesetz vom 1. Dec. 1896 § 80 h (ibid. 38 S. 172).

[94]) Von erheblicher praktischer Bedeutung ist indess, dass, auch wo die Behörden Aenderung der Arbeitsordnung nur verlangen dürfen, wenn diese rechtswidrige Bestimmungen enthält, die Berg- und die speciellen Gewerbeaufsichtsbeamten die Gelegenheit oft mit Erfolg benutzen, die Arbeitgeber durch ihre Rathschläge zur Beseitigung von unbilligen und inhumanen Bestimmungen aus den Arbeitsordnungen zu bewegen. Ist doch jenen Beamten überall die Fürsorge für Aufrechterhaltung und Förderung guter Beziehungen zwischen Arbeitgebern und Arbeitern ausdrücklich vorgeschrieben. Vgl. Evert im Handw. d. Staatsw. IV² S. 495 ff.

[95]) Vgl. Art. 8 Abs. 4 des Schweizer Fabrikgesetzes, sowie v. Salis, Schweiz. Bundesrecht IV S. 204, Nr. 1476.

[96]) Vgl. Begr. des deutschen Gesetzes (Drucks. d. Dt. Reichst. 1890 Nr. 4) S. 22 sowie die in Note 72 citirten belgischen Ann. parl. 1168. 1169.

im österreichischen Bergrechte vorgeschrieben[97]. Jedoch beschränkt sich dort die Mittheilung des Entwurfs stets auf einen Ausschuss der Arbeiter, während in Deutschland der Unternehmer nur die grossjährigen Arbeiter und unter Umständen nur einen ständigen Arbeiterausschuss[98], in Norwegen nur fünf gewählte Vertreter der Arbeiter zu fragen braucht. Die Befragten üben, wie früher ausgeführt wurde, eine öffentlichrechtliche Function aus, indem sie den Arbeitgeber vor Einfügung unüberlegter Bestimmungen in die Arbeitsordnung warnen.

Die Art, in welcher die Arbeiter ihre Einwendungen gegen die Arbeitsordnung machen können, zeigt manche Verschiedenheiten. Während sie sich in Deutschland und Norwegen nur an den Arbeitgeber selbst wenden können, dürfen sie sich in der Schweiz und in Belgien auch der Vermittelung der Behörde bedienen; in letzterem Staate ist diese zur Verschwiegenheit über die Person des Arbeiters verpflichtet, der sich an sie gewendet hat, sobald er diesen Wunsch ausspricht. Auch muss in Belgien der Unternehmer den Arbeitern ein besonderes Heft zur Verfügung stellen, in welches jeder von ihnen Einwendungen gegen den Entwurf der Arbeitsordnung eintragen kann[99].

Hinsichtlich der Form der Arbeitsordnung bestehen überall im Wesentlichen gleiche Vorschriften, indem was in dem einen Gesetze ausdrücklich gesagt ist, auch in dem anderen in der Regel als der Natur der Sache nach gewollt erscheint. Dies gilt z. B. von der Bestimmung, dass die Arbeitsordnung an einer Stelle ausgehängt werden muss, die in die Augen fällt und allen betheiligten Arbeitern zugänglich ist. Ueberall

---

[97]) Gesetz vom 14. Aug. 1896 betr. die Einrichtung von Genossenschaften beim Bergbau § 9d u. § 23 Abs. 3, s. Zt. f. Bergrecht 38 S. 134 u. 141.

[98]) Falls nämlich ein den Bestimmungen von R.G.O. § 134h entsprechender Arbeiterausschuss in dem betreffenden Unternehmen besteht.

[99]) Art. 7 des belgischen Gesetzes.

werden sowohl geschriebene wie gedruckte Arbeitsordnungen zugelassen; auch in der Schweiz, trotz der dortigen wenig glücklichen Gesetzesbestimmung, dass die Arbeitsordnung in grossem Druck angeschlagen sein müsse[100]).

Zur Vermeidung von Unklarheiten muss die Arbeitsordnung datirt sein. Wenn die Arbeitsordnung, sei es, weil der Unternehmer es selbst wünscht und in ihr ausspricht, sei es kraft gesetzlicher Vorschrift, erst einige Zeit nach ihrem Aushange in Kraft treten soll, so werden beide Termine anzugeben sein[101]). Mehrfach wird eigenhändige Unterschrift des Geschäftsinhabers verlangt[102]). Ueber die Sprache der Arbeitsordnung hat nur Belgien eine Bestimmung, nämlich die, dass sie eventuell mehrsprachig sein muss, damit sie jeder im Unternehmen beschäftigte Arbeiter verstehen kann[103]). Dies dürfte auch in den übrigen Staaten zu verlangen sein, wie es auch gelegentlich in Deutschland seitens einer bayerischen Aufsichtsbehörde in Rücksicht auf italienische Arbeiter geschah[104]). Nur schafft eine ordnungsmässig publicirte qualificirte Arbeitsordnung auch ohne Hinzufügung von Ueber-

---

[100]) Vgl. Schweizer Fabrikgesetz Art. 8 und Königs, Durchführung des Schweizer Fabrikges. (Berlin 1891) S. 79.

[101]) So ausdrücklich R.G.O. § 134 a Abs. 2 und die neueren deutschen Berggesetze, österreich. Gewerbeord. § 88a, belgisches Gesetz Art. 7 Abs. 5, letzteres allerdings nur für den Fall, dass die Arbeitsordnung vor ihrem Inkrafttreten länger als 14 Tage aushängen soll.

[102]) R.G.O. ibid., österreich. Gewerbeord. ibid., belg. Ges. Art. 8.

[103]) Siehe Art. 1 Abs. 4 des belg. Gesetzes.

[104]) Jahresb. d. bayer. ... Gewerbeinspektoren 1892 S. 162. Anderer Ansicht Seltsam, System des österreich. Gewerberechtes (Wien 1899) S. 35: „Der Fremdsprachige“ könne „nicht verlangen, dass für jede idiommässige Uebersetzung der Werkstattnormen vorgesorgt werde, weil ihm sonst die Umständlichkeit des Vorganges die Werkstattthüre ausserhalb der engen Heimathscholle sehr bald verschliessen würde“. Indess wird in Oesterreich, welches Behändigung der Arbeitsordnung überhaupt nicht vorschreibt, vielfach verlangt, dass die Arbeitsordnung dem Arbeiter wenigstens mündlich in einer ihm verständlichen Sprache zur Kenntniss gebracht werde. So Ber. d. k. k. Gewerbeinsp. 1894 S. 20 u. 1897 S. XI.

setzungen, wo solche verlangt werden können, Recht, da ihre Wirksamkeit ja von der Kenntnissnahme durch die Arbeiter ganz unabhängig ist[104a]).

Gehen wir nun zum Inhalte der qualificirten Arbeitsordnungen über. Wenn wir von Vorschriften für Etablissements besonders gefährlicher Art absehen[105]), so wird überall gesetzlich nur gefordert, dass die Arbeitsordnung über gewisse Seiten des Arbeitsvertrages sich ausspreche, sei es überhaupt, sei es wenn der Arbeitgeber es in Bezug auf sie nicht bei den gesetzlichen Bestimmungen lassen oder in Bezug auf sie überhaupt Bestimmungen treffen will; wie aber jene Seiten des Arbeitsvertrages ausgestaltet werden, darüber hat er freie Verfügung. Nur das österreichische Bergrecht macht eine Ausnahme. In ihm werden für einzelne Bergreviere allgemeine Dienstordnungen erlassen, und von diesen ist eine Abweichung nur zulässig, wenn deren Nothwendigkeit und Unbedenklichkeit nachgewiesen ist[106]). Einen anderen Charakter als diese obrigkeitlich vorgeschriebenen haben obrigkeitlich zur Annahme oder Nachahmung empfohlene Arbeitsordnungen, wie sie Württemberg[107]) nach Erlass des deutschen Arbeiterschutzgesetzes und neuerdings Belgien publicirt hat[108]). Solche

---

[104a]) Vgl. das in Zt. Das Gewerbegericht VI Nr. 3 (Berlin 1900) S. 69 erwähnte Urtheil des G.G. Wien vom 28. Febr. 1899, dessen Motive freilich die Forderungen, welche die Behörden im Interesse des Arbeiterschutzes sehr wohl stellen können, nicht von der civilrechtlichen Wirkung der Arbeitsordnung sondern.

[105]) Vgl. die auf Grund von G.O. § 120e erlassenen Verordnungen des Bundesraths und der Landesbehörden und die auf Grund von Art. 5 des belgischen Gesetzes über die Arbeitsordnung erlassene königl. Verordnung vom 4. Sept. 1896.

[106]) Vollzugsvorschr. vom 25. Sept. 1854 zum Allg. Berggesetz § 102.

[107]) Abgedruckt in von Schicker R.G.O. (Stuttg. 1892) S. 726—739.

[108]) Vgl. Art. 6 des belgischen Gesetzes über die Arbeitsordnungen und z. B. die kraft desselben für die „Industrie du mobilier et industries accessoires du bâtiment" von den „Conseils de l'Industrie et du Travail" ausgearbeiteten Règlements-types (Brux. 1897). Freilich haben diese

staatlichen Musterarbeitsordnungen haben, wenn sie auch nicht nur dem einzelnen Unternehmer den Erlass einer zweckentsprechenden Arbeitsordnung bequemer machen, sondern auch die Thätigkeit der Aufsichtsbehörden bedeutend erleichtern [109]), so wenig wie die von Vereinen der Arbeitgeber einzelner Industriezweige publicirten, irgend welche rechtliche Bedeutung. Weder kann der einzelne Arbeitgeber gezwungen werden, eine derartige Arbeitsordnung bei sich einzuführen [110]), noch schliesst die Thatsache, dass die Arbeitsordnung einem solchen Muster entspricht, falls sie Gesetzwidrigkeiten enthält, aus, dass die betreffende Bestimmung ungültig und auf Verlangen der Aufsichtsbehörde zu ändern ist [111]).

Wenn man obligatorisch derart fasst, dass immer nur das Thema, nicht der Text der Bestimmungen der Arbeitsordnung vorgeschrieben ist, so wird man in jedem Lande im Inhalte der qualificirten Arbeitsordnung obligatorische und facultative Bestimmungen unterscheiden können und unter ersteren wieder unbedingt und bedingt obligatorische; letztere sind obligatorisch, wenn der Unternehmer gewisse Verhältnisse abweichend von der dispositiven gesetzlichen Regelung

---

Musterformulare nicht die erwartete Verbreitung erlangt, weil sie a) zum Theil vor der oben Note 105 erwähnten Verordnung erschienen und auch später erschienene diese nicht berücksichtigt haben, b) mehrfach gesetzwidrige Bestimmungen enthalten. Dies nach freundlicher persönlicher Mittheilung von Herrn Prof. Mahaim in Lüttich.

[109]) Vgl. Amtl. Mitth. aus den Jahresberichten der Gewerbeaufsichtsbeamten XVII, 1892 (Berlin 1893) S. 157 u. die Ber. d. k. k. (öst.) Gew.-Inspekt. 1894 S. XLII.

[110]) Vgl. Beschluss des Schweizer Bundesraths vom 29. Juni 1888 (von Salis Schweiz. Bundesrecht IV, 1893 S. 203 Nr. 1475). — Eine andere Bedeutung haben diejenigen Arbeitsordnungen, welche auf einem Tarifvertrage zwischen Arbeitgebern und Arbeitern beruhen. Ob diese aber für die Parteien bindend sind, muss hier dahingestellt bleiben. Vgl. Lotmar's interessanten und scharfsinnigen Aufsatz im Arch. f. soc. Ges. XV, namentlich S. 19, 112—115.

[111]) Vgl. die Worte des belgischen Ministers Nyssens in Ann. parl. de la Chambre 1895—96 S. 1182, 1183.

ordnen will. Belgien fasst diese bedingt obligatorischen Bestimmungen unter einem etwas abweichenden Gesichtspunkte, nämlich dem, dass sie überall nothwendig werden, wo die Natur des Unternehmens es erfordert[112]). Daher zählen in Belgien zu den bedingt obligatorischen Vorschriften der Arbeitsordnung auch diejenigen über Rechte und Pflichten des Aufsichtspersonales, während derartiges bei uns zu den facultativen Bestimmungen gehört. Es müssen also in Belgien — wie auch in Oesterreich, das jenen Punkt kurzweg unter dem vorgeschriebenen Inhalte der Arbeitsordnung nennt[113]), — wenn überhaupt Aufsichtspersonen in dem betreffenden Unternehmen angestellt sind, auch ihre Rechte und Pflichten gegenüber den Arbeitern in der Arbeitsordnung angegeben werden, während bei uns der Arbeitgeber dazu nicht verpflichtet ist. Ebenso kann in Belgien der Unternehmer gezwungen werden, wenn es die Natur des Unternehmens nach Ansicht der zuständigen Behörden erfordert, Bestimmungen über den zulässigen Beschwerdeweg gegenüber dem Aufsichtspersonale zu treffen[114]).

Unbedingt obligatorische Bestandtheile der Arbeitsordnung sind überall die Arbeitszeit sowie Zeit und Art der Abrechnung und Lohnzahlung. Unter den bedingt obligatorischen sind die Strafbestimmungen die wichtigsten. Ueberall, wo die Arbeitsordnung gesetzlich geregelt ist, dürfen Verfehlungen des Arbeiters nur mit der Strafe belegt werden, die in der Arbeitsordnung dafür ausdrücklich angedroht ist. In der Regel müssen dann auch die Strafgelder im Interesse der Arbeiter verwendet werden, damit bei ihnen die Befürchtung gar nicht aufkommen kann, dass der Arbeitgeber zur Vermehrung seiner Einnahmen strafe, und die Arbeitsordnung muss auch fast

---

[112]) Là où l'entreprise le comporte (Art. 3).

[113]) Allg. Berggesetz § 200 Abs. 2 Ziffer b, Gewerbeordng. § 88a Abs. 1 Ziffer e.

[114]) Art. 3 Nr. 1.

überall den Verwendungszweck der Strafgelder angeben[115]. Abgesehen von Oesterreich[116]) ist auch die Höhe der Strafgelder begrenzt. Während die Schweizer Kantonalgesetze, in denen sich diese Begrenzung zuerst findet, ein und dieselbe Maximalhöhe der angedrohten Bussen für alle Arbeiter festsetzten[117]), wird diese Busse jetzt überall nach dem Lohne des Gebüssten[118]), in Deutschland[119]) gleichzeitig auch mit Unterscheidung leichterer und schwererer Fälle bestimmt. Endlich sind die Strafgelder überall in ein Verzeichniss einzutragen, in das dem Aufsichtsbeamten, im österreichischen Gewerberechte auch den Arbeitern auf Verlangen Einsicht zu gewähren ist[120]).

Alle kraft der Arbeitsordnung verhängten Strafen sind Vertragsstrafen[120a]), da die Arbeitsordnung Vertragsinhalt der einzelnen Arbeitsverträge ist. Freilich sind sie Vertragsstrafen besonderer Art; daher sind Bestimmungen des allgemeinen Civilrechts über Vertragsstrafen nicht ohne Weiteres auf sie übertragbar.

Von den Wirkungen, welche der Erlass der qualificirten Arbeitsordnung hat, sei hervorgehoben, dass theils aus dem

---

[115]) Diese Vorschriften fehlen im österreich. Bergrechte.

[116]) Das sächs. Berggesetz hat zwar keine entsprechende Bestimmung, doch soll nach § 78 desselben die Behörde dort „Beseitigung eines etwaigen Uebermaasses in den Strafbestimmungen“ anordnen.

[117]) Nämlich 2 Frcs. So die heute nicht mehr geltenden Fabrikgesetze von Aargau 1862, Baselstadt 1869 (wo aber für den Wiederholungsfall 4 Frs. angedroht werden konnten) und Baselland 1868. Siehe Boehmert a. a. O. S. 95 § 12, 107 § 11, 113 § 9.

[118]) So in der Schweiz, Deutschland, Belgien und Norwegen. In letzterem gilt aber die Begrenzung für schwerere Verfehlungen, die Gefahren für Menschenleben, Glieder oder Gesundheit oder Sachbeschädigungen enthalten, nicht.

[119]) § 134b Abs. 2, so auch die neueren deutschen Berggesetze.

[120]) Oesterreich. Gewerbeordng. § 90.

[120a]) In der soeben citirten Gesetzesstelle werden sie übrigens geradezu als „Conventionalstrafen“ bezeichnet.

Wortlaute[121]), theils aus dem Sinne der sie regelnden Gesetze hervorgeht, dass berichtigende oder ergänzende Nachträge zur Arbeitsordnung überall in denselben Formen wie die Arbeitsordnung erlassen werden müssen. Daher sind mündliche Mittheilungen an die Arbeiterschaft oder einfache Anschläge, welche Bestimmungen der Arbeitsordnung für alle Arbeiter oder bestimmte Kategorien der Arbeiter ausser Kraft setzen, ungültig. Wohl aber können Vorschriften der Arbeitsordnung über Arbeitszeit oder Lohnzahlung durch Verträge mit einzelnen Arbeitern ausser Kraft gesetzt werden[122]). Dies entspricht auch einem dringenden praktischen Bedürfnisse. Man denke daran, dass nur oder überwiegend als Heizer, Austräger oder sonst abweichend von der Mehrzahl der übrigen Arbeiter beschäftigte Personen in der Regel auch gewerbliche Arbeiter im Sinne des Gesetzes sein werden. Während über Lohnberechnung und Arbeitszeit specielle Verabredungen zulässig sind, werden dagegen solche, welche besondere Strafgedinge enthalten, in Deutschland und Belgien[123]), sowie in Deutschland[124]) auch zusätzliche Verabredungen von Entlassungs- und Austrittsgründen ausdrücklich ausgeschlossen.

Ueberall hat der Erlass der qualificirten Arbeitsordnung auch die Folge, dass der Arbeitgeber den Anschlag dauernd in gutem Zustande erhalten muss, wie es im deutschen Gesetze ausdrücklich ausgesprochen ist[124a]).

---

[121]) So Deutschland (R.G.O., §§ 134a Abs. 3, 134e und 134f) und Belgien (Art. 11).

[122]) Es folgt dies für Deutschland und Belgien namentlich daraus, dass bestimmte andere abweichende Vereinbarungen mit einzelnen Arbeitern für ungültig erklärt werden (siehe weiter unten im Text). Anderer Ansicht für Deutschland, aber auch nur zweifelnd allein Lotmar im Arch. f. soc. Gs. XV S. 111, 112. Ungültigkeit der Sonderverabredungen erklärt für das österreich. Recht als kaum dem Rechtsbewusstsein der Parteien entsprechend Mataja, Grundriss des Gewerberechts (1899) S. 65.

[123]) G.O. § 134c, Abs. 2 Satz 2, belg. Ges. Art. 4.

[124]) G.O. ibid. Satz 1.

[124a]) G.O. § 134e Abs. 2 Satz 2. Vgl. auch belg. Ges. Art. 11.

Haben wir die wichtigsten Bestimmungen der verschiedenen Gesetze über Entstehung, Form, Inhalt und Wirksamkeit der qualificirten Arbeitsordnung betrachtet, so können wir auch das Ende dieses Rechtsinstituts nicht mit Stillschweigen übergehen, wenn auch keines der in Betracht kommenden Gesetze unmittelbar angiebt, was in dieser Beziehung Recht sein soll. Doch hört die Arbeitsordnung sicher überall durch das Inkrafttreten einer anderen sowohl in civilrechtlicher wie in verwaltungsrechtlicher Beziehung auf, wirksam zu sein, dagegen nicht durch das verbotene Beseitigen oder das Unlesbarwerden des ausgehängten Exemplars. Was bei Uebergang des Unternehmens in andere Hände, sei es durch Vererbung, sei es durch Veräusserung, zu geschehen hat, richtet sich nach dem geltenden Civilrechte. Wenn die Dienstverpflichtung des Arbeiters als eine nicht streng persönliche seitens des Arbeitgebers ohne Weiteres übertragen werden kann[125]), so erleidet die Wirksamkeit der Arbeitsordnung keine Aenderung; nur werden, wo eigenhändige Unterschrift des Arbeitgebers für die Arbeitsordnung gefordert wird[125a]), die Behörden den neuen Fabrikherrn anhalten müssen, das ausgehängte Exemplar auch mit seiner Unterschrift zu versehen[126]). Auch durch Verwandlung des Unternehmens in ein solches, für welches Arbeitsordnungen nicht obligatorisch sind, wird an dem Weiterbestehen der Arbeitsordnung nichts geändert. Doch verwandelt sich dadurch die qualificirte Arbeitsordnung in eine einfache; sie kann demnach abgeschafft werden, ohne dass gleichzeitig eine andere an ihre Stelle tritt, und soweit es ohne Schmälerung von Rechten der Arbeiter geschieht, kann

---

[125]) Vgl. z. B. für Oesterreich Krasnopolski in Zt. f. Privat- u. öffentl. Recht XIV, 336, Ber. d. k. k. Gew.-Inspekt. 1896 S. 333, 334; für Belgien Abel in seiner Ausgabe des Gesetzes über den Arbeitsvertrag vom 10. März 1900 (Gand 1900) S. 49 No. 2, für Deutschland Schenkel G.O. S. 438.

[125a]) Vgl. oben Note 102.

[126]) So auch die Ber. d. k. k. G.-Insp. a. a. O. und Schenkel a. a. O.

von jenem Zeitpunkte an der Arbeitgeber einzelne der Bestimmungen der Arbeitsordnung durch Ausstreichen beseitigen.

Noch müssen wir einen Blick auf das mit den Arbeitsordnungen eng zusammenhängende Institut der ständigen Arbeiterausschüsse werfen[127]: dies sind dauernde Vertretungen der Arbeiterschaft eines industriellen Unternehmens, durch deren Begründung der Arbeitgeber freiwillig auf einen Theil seiner Rechte gegenüber den Arbeitern, sei es in Bezug auf die Leitung des Unternehmens, sei es bezüglich der mit demselben zusammenhängenden Wohlfahrtseinrichtungen, sei es in beiden Beziehungen, verzichtet. Die in den sechziger Jahren in den Rheinlanden entstandenen ständigen Arbeiterausschüsse sind im Gegensatze zu den Arbeitsordnungen, die sich mit der modernen Industrie aus England in alle Culturländer verbreitet haben, ein fast ausschliesslich deutsches Institut. Ausser im Deutschen Reiche und in Oesterreich scheinen sie nur noch in Holland und Belgien Verbreitung gefunden zu haben[128]. Diese Arbeiterausschüsse hat nun das deutsche Arbeiterschutzgesetz zum Rechtsinstitut erhoben. Um seine Verbreitung zu befördern, hat es diejenigen Arbeitgeber gesetzlich begünstigt, welche solche Ausschüsse und zwar als ständige Einrichtung begründen. Sie brauchen den Entwurf der Arbeitsordnung statt allen grossjährigen Arbeitern nur dem Ausschusse vorzulegen und können mit dessen Zustimmung auch gewisse, sonst nicht gestattete Vorschriften in die Arbeitsordnung aufnehmen[129]. Dieselben Begünstigungen werden in den neueren deutschen Berggesetzen auch dem

---

[127]) Vgl. über sie Stieda im Handw. d. Staatsw. I² S. 967—970 und die daselbst angeführte Literatur, sowie Sering, Arbeiterausschüsse in der deutschen Industrie (Leipzig 1890).

[128]) Arbeiterausschüsse in Holland werden von Eringaard, Holländische Musterstätten (Delft 1896) S. 149 ff., 172 ff., solche an verschiedenen belgischen Orten werden in den oben Note 21 citirten Verhandlungen S. 329 erwähnt.

[129]) Vgl. G.O. §§ 134b Abs. 3, 134d Abs. 2 u. 134h.

Bergwerksbesitzer verliehen, der einen ständigen Arbeiterausschuss errichtet; er braucht aber ausserdem nur durch einen von diesem Ausschusse, nicht durch einen von der gesammten Arbeiterschaft gewählten Vertrauensmann das Verfahren bei Berechnung der Löhne überwachen zu lassen, soweit die Arbeiter eine solche Ueberwachung verlangen können[130]).

Ständige Arbeiterausschüsse, welche den Entwurf der Arbeitsordnung zu begutachten haben, finden sich seit dem Gesetze vom 14. August 1896[131]) auch im österreichischen Bergrecht. Dort sind sie aber obligatorisch und unterscheiden sich auch in anderer Hinsicht erheblich von dem gleichnamigen deutschen Institute[132]).

5. Schluss.

So finden sich in den heute geltenden Gesetzen über die Arbeitsordnungen, wenn auch die Grundlinien überall die gleichen sind, doch mancherlei Abweichungen. Sicher sind diese zu nicht geringem Theile durch Verschiedenheiten in der Cultur der einzelnen Länder begründet. Zum Beispiel setzt obligatorische Anhörung der Arbeiter über den Entwurf der Arbeitsordnung stets ein Mass von Intelligenz voraus, welches nur in Ländern mit allgemeiner Schulbildung zu finden sein dürfte. Andererseits ist es entschieden praktisch, dass in einem Lande wie Russland der freien Disposition der Unternehmer bezüglich des Inhalts der Arbeitsordnung nur geringer Spielraum gelassen ist; dadurch ist der Uebervor-

---

[130]) Nämlich in Bezug auf die Abzüge, die in Folge ungenügender oder vorschriftswidriger Beladung der Förderwagen gemacht werden, soweit durch die Ueberwachung eine Störung der Förderung nicht eintritt. Siehe z. B. preuss. Berggesetz § 80c Abs. 2.

[131]) Siehe das oben Note 97 gegebene Citat.

[132]) Namentlich dadurch, dass von ihnen Ausschüsse für grössere Distrikte gebildet werden.

theilung von Arbeitern, die auch mit Hülfe der Arbeitsordnung ihre Rechte nicht geltend machen könnten, besser vorgebeugt, und vor Allem werden auch an die Sachkenntniss und Integrität der mit der Durchsicht betrauten Staatsorgane geringere Anforderungen gestellt, wie wenn sie sehr verschieden geartete Arbeitsordnungen auf ihre Gesetzmässigkeit zu prüfen haben.

In manchen Beziehungen enthalten indess die Gesetze einiger Länder über unser Institut werthvolles Material zur Reform derjenigen, welche es früher in anderen Staaten geregelt haben. So wird beispielsweise eine Regelung des Inhalts der Arbeitsordnung nach belgischem Muster und ein diesem zu entnehmender Zusatz zu R.G.O. § 134c, welcher jeden Zweifel ausschliesst, dass die Arbeitsordnung für alle in dem betreffenden Unternehmen beschäftigten Arbeiter zu gleicher Zeit den generellen Inhalt der Arbeitsverträge zu bilden beginnt, auch für Deutschland recht nützlich sein; ferner könnte das belgische Gesetz uns auch in den Vorschriften zum Muster dienen, welche verhindern, dass die Mittheilung des Entwurfs an die Arbeiter zwecks Meinungsäusserung zur leeren Formalität wird. Doch unterlasse ich es, auf diese und andere für das deutsche Recht wünschenswerthen Reformen an dieser Stelle näher einzugehen.

Dagegen sei es mir gestattet, zum Schluss noch einen Blick auf den thatsächlichen Nutzen der Gesetze über die Arbeitsordnung zu werfen. Freilich lassen sich darüber nur aus solchen Ländern einigermassen sichere Erkenntnisse gewinnen, welche regelmässige Berichte über die Thätigkeit der Gewerbeaufsichtsbeamten veröffentlichen. Aus ihnen ersieht man, dass einige belgische Zeitungen sehr im Unrecht waren, als sie die gesetzliche Regelung der Arbeitsordnung vertheidigend, sie für fast ebenso Epoche machend bezüglich der Rechtssicherheit des Arbeiterstandes erklärten, wie es die Ertheilung der Magna Charta nach der landläufigen Auffassung

für die Rechte des englischen Volkes war[133]). Es dauert nach Publication der einschlägigen Gesetze regelmässig noch Jahre, bis in allen in Betracht kommenden Unternehmungen Arbeitsordnungen erlassen sind, welche auch in Bezug auf Form und Inhalt den gesetzlichen Anforderungen entsprechen[134]). Vielfach wird auch der Nutzen der neuen Institution von den zunächst Betheiligten noch lange Zeit hindurch verkannt. Arbeiter, welche an gedruckte rechtsverbindliche Vorschriften innerhalb der Fabrik noch nicht gewöhnt sind, zeigen sich oft misstrauisch gegen sie und weigern sich sogar, die ihnen überreichten Abdrücke anzunehmen[135]); andererseits sehen auch viele Fabrikanten die Verpflichtung zum Erlass der Arbeitsordnung als eine am grünen Tisch erfundene Belästigung an und suchen sich durch die Arbeitsordnung so wenig als möglich zu binden[136]). Es spricht jedoch in hohem Grade für den Nutzen obligatorischer Einführung und gesetzlicher Regelung unseres Institutes, dass aus den verschiedensten Gegenden berichtet wird, dass es in Unternehmungen, in denen hinreichend lange Zeit zweckentsprechende Arbeitsordnungen gelten, selten zu Processen aus dem Arbeits-

---

[133]) Vgl. Vandervelde im Arch. f. soc. Gs. IX S. 565.

[134]) Noch 1896 bildeten in Oesterreich unter den Betrieben, welche nach der Gewerbeordnung von 1859 eine Arbeitsordnung haben sollten, diejenigen, in denen sie fehlte, in einzelnen Aufsichtsbezirken 21, 26 und 44 Procent. So Ber. d. k. k. Gew.-Insp. 1896 S. XLVII. In Belgien blieb die Vorschrift eines Gesetzes vom 13. Dec. 1889, welche Arbeitsordnungen für Betriebe vorschrieb, die Frauen und Kinder beschäftigen, „nahezu ein todter Buchstabe“. So Vandervelde a. a. O. S. 558. Vgl. auch Berichte über die (Schweizer) Fabrikinspektion 1879 (Bern 1880) I S. 9, II S. 35, 1880 S. 15, 16 etc.

[135]) Vgl. Jahresbericht d. preuss. Gewerberäthe 1892 S. 39, 1893 S. 20, 1894 S. 53, 1895 S. 39, 40; Jahresbericht d. K. sächs. Gew.-Insp. 1893 S. 32; Verwaltungsber. d. Gew.-Aufsichtsb. in Els.-Lothringen 1895 S. 68 etc.

[136]) Vgl. Jahresbericht d. preuss. Gewerberräthe 1894 S. 86, 1895 S. 40, Ber. d. k. k. (österreich.) Gew.-Insp. 1898 S. LXVIII etc.

vertrage kommt[137]). Ausserdem geht aus den Berichten der Aufsichtsbeamten auch hervor, dass Gesetzesverletzungen innerhalb der Arbeitsordnungen mit der Zeit überall dort völlig beseitigt werden, wo die Controlle genügend sachkundigen und mit genügenden Machtmitteln ausgestatteten Personen anvertraut ist[138]). So bringt die gesetzliche Regelung der Arbeitsordnung durch die Präcisirung des Arbeitsvertrages in der That beiden Contrahenten Nutzen und sichert gleichzeitig die Durchführung zahlreicher Staatsgesetze.

---

[137]) Vgl. Jahresbericht d. preuss. Gewerberäthe 1896 S. 302; Jahresbericht d. bayer. Gew.-Insp. 1895 S. 20, 1896 S. 11. Vgl. auch Bericht d. k. k. (österreich.) Gew. 1890 S. 13.

[138]) Vgl. Amtl. Mittheilung aus den Jahresberichten der Gewerbeaufsichtsbeamten zusammengestellt im Reichsamt des Innern XXII für 1897 S. 188: „Ueber die Durchführung der die Arbeitsordnungen betreffenden Bestimmungen der §§ 134a ff. G.O. berichten einige Aufsichtsbeamte, dass verhältnissmässig wenig oder gar keine Verstösse vorgekommen seien und die Nützlichkeit der Arbeitsordnungen sowohl bei den Arbeitgebern wie bei den Arbeitnehmern immer mehr Anerkennung finde“ und ibid. XXIII für 1898 S. 147: „Arbeitsordnungen fehlen jetzt meist nur noch in Betrieben, deren Arbeiterzahl sich erst vor Kurzem auf 20 Personen erhöht hatte.“ Vgl. auch die Jahresberichte d. k. sächs. Gew.-Insp. 1896 S. 157, 158, Bericht d. k. k. (österreich.) Gew.-Insp. 1898 S. LIII.

III.

Montenegrinische Rechtsgeschichte.

Von

Comthur **Milan Paul Jovanović** in Vukovar a. d. Donau,
Syrmien-Slavonien.

Wie die Ueberschrift andeuten soll, enthält das Nachfolgende nicht das ganze in Montenegro geltende Recht, sondern zum Studium anregende charakteristische Rechtsverhältnisse.

§ 1.

Familie und Geschlecht.

Der an der Spitze der Familie oder Zadruga stehende Hausvater, starješina (caput familiae, Patriarch, patriarca) schaltet und waltet. Er veräussert nach Gutdünken im Einverständniss mit den Familienmitgliedern, und erwirbt das Nothwendige. Er führt die Kasse und zahlt die schuldigen Beiträge.

Mit zunehmendem Alter kann er seine Rechte nach seiner Wahl einem Familienmitgliede überlassen, das nicht das zunächst ältere zu sein braucht. Wer sein Amt schlecht führt, kann abgesetzt werden. Wer auch über das Dorf, oder einen grösseren Bezirk die Verwaltung führt, heisst Knez.

Will ein Mitglied sich verehelichen, so setzt es das älteste oder seinen Eltern am nächsten stehende Familien-

mitglied davon in Kenntniss, damit es für ihn bei den Eltern des Mädchens wirbt. Eine Absage ist selten. Widerstrebt das Mädchen, so entführt sie der Heirathslustige mit Hülfe seiner Freunde. Nach Einsegnung des Paares durch den Priester beruhigen sich die Eltern. Die Mitgift besteht aus Kleidern und Vieh.

Aus der Familie bildet sich der Tribus, Pleme, aus vielen Tribus setzt sich die Bevölkerung zusammen. Tribus im engeren Sinne bedeutet das Geschlecht (gens-porieklo) einer Verbrüderung (bratstwo). Im weiteren Sinne bezeichnet das Wort den Bezirk, in dem mehrere aus einer Familie stammenden Geschlechter den Wohnsitz genommen haben. So leben im Stammesbezirk des Njeguš die Provokovitsch, die Rajičević, die Bogdanović, die Eraković, die Petrović und die Radonić. Die Rajičević kommen von Rajce. Die Familie Eraković führen den Namen seit der Zeit des Bischofs Danilo, der sich Danilo Sčepcev Eraković Njeguš nannte. Nach seinem Tode nannten sich die Petrović, seine Neffen, nach ihrem Vater Peter. Die Familie Petrović bildet das Herrscherhaus von Montenegro.

§ 2.

Die Strafverfolgung der Familie.

Es gilt der Grundsatz „sanguis lavat sanguinem“, sofern man sich nicht einigt. Die Angehörigen ererben die Erinnerung an die That und ruhen nicht, bis sie Sühne (osvjeta) gefunden hat. Wollen die Eltern des Thäters (ubojica) der Blutrache (vendetta) entgehen, so schliessen sie mit den Eltern des Opfers einen Frieden (primirje) von 7 Tagen. Der Thäter wählt in dieser Zeit 12 weibliche Familienmitglieder, die mit ihren Säuglingen unter Weinen und Klagen das Familienoberhaupt des Erschlagenen zu rühren suchen. Nachdem er die vor ihm Knieenden hat aufstehen heissen, umarmt er ihre Kleinen. Dann ernennen die Angehörigen des Verletzten 24 Schieds-

richter (dobri-ljudi), die Ort und Zeit des Schiedsspruches festsetzen. Nach Anhörung des Schuldigen wird der Spruch (osuda) verkündet. Die Entscheidung bemisst in gewisser Beziehung den Werth des Opfers darnach, ob es ein Greis, Familenvater, Jüngling oder Kind gewesen ist und setzt darnach die Zahl der Blutungen fest. Dem Todtschlage entsprechen 12 Blutungen. Jede Blutung ist 12 Zechinen (Dukaten) wert. Zur Beurtheilung anderer strafbarer Handlungen sind weniger Schiedsrichter erforderlich. Ueber Körperverletzungen richten 2, 4 oder 6 Schiedsrichter. Einer Körperverletzung werden 3 bis 6 Blutungen gleich erachtet, jede Blutung kann mit 6 Zechinen (Dukaten) abgefunden werden. Diebstahl (kradja) erfordert die gleiche Anzahl Schiedsrichter und gleiche Bestrafung, oder das Hundertfache des gestohlenen Gegenstandes, die Kosten nicht mitgerechnet. Von der Geldsumme wird ein Drittel für die Kosten vorbehalten. Eine ansehnliche Entschädigung wird der Familie zugebilligt, das Uebrige fällt der Kirche zu, damit sie die himmlische Gnade erflehe. Das Sühnegeld ist nicht nur der Thäter, sondern auch das Dorf, in dem die That begangen ist, zu zahlen verpflichtet.

Durch die Umsicht der Regierung ist die Unsitte fast ausgerottet.

§ 3.

Grundbesitzverhältnisse.

Gemeingüter und Domänen sind unbekannt. Alles Land gehört den Stämmen oder den Familien. Das Familienoberhaupt kann über das Land in Uebereinstimmung mit den Mitgliedern nach Gutdünken verfügen. Grossgrundbesitz und Lehnsbesitz (spahiluk) sind unbekannt. Selbst der Fürst besitzt nur 10 acres (agri), obgleich es Familien giebt, die 20 bis 50 agri durch Erbschaft erlangt haben. Die Familie Cernojević hat nach und nach ihr grosses Besitzthum dem Kloster von Cettinje einverleibt, das vom Bischof von Montenegro verwaltet wurde. Als 1851 die Staatshoheit von der

Kirchenhoheit getrennt wurde, nahmen die Petrović das Recht der Verwaltung für sich in Anspruch, die Einkünfte wendeten sie ihrer Familie zu, nachdem sie für den Bischof (vladika) und Archimandriten ein Einkommen festgesetzt hatten.

In Wirklichkeit fliessen die Einkünfte in den Schulfonds.

Jede Familie hat zwar das unumschränkte Recht, ihre Grundstücke zu veräussern. Gewohnheitsrechtlich haben aber das Geschlecht und der Stammesbezirk ein Vorkaufsrecht [1]).

§ 4.

Die Gütertheilung

erfolgt derart, dass die Söhne zu Lebzeiten ihres Vaters ihren Antheil am väterlichen Gut ohne seine Einwilligung nicht antreten dürfen. Nach Gutdünken darf der Familienvater nur die selbsterworbenen, nicht die ererbten Güter unter seine Kinder vertheilen. Für den Todesfall darf er die Güter seinen Eltern vererben.

Die vom Vater oder Grossvater ererbten Güter müssen zu gleichen Theilen vergeben werden. Regelmässig willigt der Vater zu seinen Lebzeiten in die Theilung, und zwar wird das ganze Gut unter die männlichen Mitglieder, ihn selbst eingeschlossen, zu gleichen Theilen vertheilt. Die Ehefrau hat nach seinem Tode den lebenslänglichen Niessbrauch an dem ihrem Manne vorbehaltenen Theile. Nach ihrem Tode wird dieser Theil ebenfalls unter die männlichen Mitglieder vertheilt.

Die Töchter erhalten nur eine dos (prčija). Sind keine Söhne vorhanden, so erben die Töchter die Mobilien und

---

[1]) Dieses Gewohnheitsrecht des Vorkaufs ist jetzt von Bogišić codificirt; nach dem Montenegriner Gesetzbuch v. 25. März 1888, § 48 f. haben das Vorkaufsrecht: a) die Mitglieder des Bratsvo des Verkäufers und der ersten 6 Linien; b) die Anrainer; c) die Mitglieder des Pleme. Vgl. auch Shek, Allgemeines Gesetzbuch über das Vermögen von Montenegro.

Immobilien, ausser dem Erbwohnhause, den Gärten und Waffen; dieser Antheil bleibt den nächsten Geschlechtsverwandten.

War eine Tochter bei ihres Vaters Tode noch nicht verheirathet, so kann sie sich aus einem anderen Geschlechte einen Mann (domazet) wählen, der in ihr Haus zieht. In diesem Falle hat sie auf Haus, Garten und Waffen ein Anrecht, da ihr Mann als zu ihrer gens gehörig erachtet wird.

Die kinderlose Tochter vererbt ihre Güter auf ihre Brüder, in deren Ermangelung auf ihre Schwestern, in deren Ermangelung auf die nächsten Angehörigen, in letzter Linie auf das gesammte Geschlecht. Die Wittwe (udovica) hat den Niessbrauch am Vermögen des Verstorbenen. Nach der Wiederverheirathung erhält sie jährlich 10 Thaler.

§ 5.

Oberhaupt des Stammes.

Jeder Stamm hatte seit den entlegensten Zeiten als Oberhaupt einen Knjaz oder Wojwoden (vojvoda) oder beides. 1718 wurde die Würde eines Serdars (serdarstvo) geschaffen. Anstatt des Knjaz wurden 1851 die Kapitäne eingeführt, von denen mehrere sich in das Gebiet des Knjaz theilten. Seit 1831, mit der Einführung des Senates, hatte jeder Stamm einen Senator. So hatte jeder Stamm einen Wojwoden, Senator, Serdaro und Kapitän; Senator und Wojwode stellt in einigen Stämmen eine Person dar.

§ 6.

Stände, insbesondere der Adel.

Das Vorhandensein des Adels bedarf des geschichtlichen Nachweises. Montenegro gehörte unter dem Namen Zeta im 14. Jahrhundert zum grossen serbischen Reiche. Unter der türkischen Herrschaft im 14. bis 16. Jahrhundert bekehrten sich fast der gesammte serbische Adel zur Bewahrung seiner

Güter und seines Standes zum Islam. Von den grossen serbischen Lehnsherren flüchteten sich nur die Cernojević in die Berge von Zeta, um hier unabhängig zu bleiben. Sie wurden die unumschränkten Herrscher von Zeta. Ob montenegrinischer Adel sich mit ihnen vermischte, ist ungewiss. Es steht fest, dass die Cernojević schliesslich 1484 nach Cettinje ihren Sitz verlegten und dadurch viele Familien aus der Herzegowina herüberzogen, die der Türkenherrschaft entgehen wollten. Die Rechte dieses Adels bestanden allein darin, dass sie in öffentlichen Versammlungen den Vorrang und den Ausschlag hatten.

Das Amt des Wojwoden und Serdaro war in diesen Familien erblich geworden. Nachdem das Amt des Knjaz aufgehört hat, führt nur noch der Fürst diesen Titel. Der Knjaz hatte das jetzt nur dem Fürsten zustehende Recht, den Titel eines Wojwoden und Serdaro zu verleihen. Namentlich wird die Auszeichnung vor dem Feinde dadurch belohnt. Indessen ist der Ehrentitel nicht von der durch den Stamm erworbenen Bedeutung. Der Adeliche bebaut zwar selbst sein Land und ist nicht höher gebildet, vermeidet aber die Vermählung mit Personen unter seinem Range, namentlich wenn das Amt des Wojwoden oder Serdaro in seiner Familie erblich ist.

§ 7.

Rechtsentwickelung.

Das in alter Zeit für die Serben geltende Gesetzbuch von Douschan (Zakonik cara Duschana) verschwand mit dem Untergange des Serbenreiches. In Montenegro kannte man keine geschriebenen Gesetze. Entschieden wurde nach der von Geschlecht zu Geschlecht geübten Rechtsgewohnheit. Mit der Zeit entstand eine Sammlung der für die Bestrafung des Diebstahls und des Brigantenthums gewohnheitsrechtlich geltenden Normen. Ein strafgesetzlicher Schutz der Person

und des Eigenthums wurde erst seit der 1830 angetretenen Regierung des Bischofs Peter II. eingeführt. Nach seinem Tode veröffentlichte 1855 der Fürst Danilo I. ein aus 95 Artikeln bestehendes Gesetzbuch. Es nahm verschiedene unter Peter II. gegebene Bestimmungen in sich auf, berücksichtigte das montenegrinische mit der Culturentwickelung in Einklang stehende Gewohnheitsrecht und enthielt Civil-, Straf- und Kirchengesetze und eine Strafprocessordnung. Ein nach dem Muster der in anderen Culturstaaten geltenden Gesetzbücher abgefasstes Gesetzbuch ist von dem Serben Dr. Balthasar Bogišić nach eingehendem Studium der alten Gewohnheits- und Ortsrechte sorgfältig entworfen und mit einigen vom Rechtsrath (Veliki sud i državni saviet) getroffenen Abänderungen mit Gesetzeskraft versehen[2]).

§ 8.

Gerichtsverfassung.

Es wurde Anfangs nach patriarchalischer Art mit lauter Stimme nach Massgabe des Gewohnheitsrechts Recht gesprochen. Der als Richter thätige Knez oder Wojwode wurde von 6, 12 oder 24 Schiedsrichtern unterstützt. Einigte sich das Geschlecht über das Wergeld für den Getödteten, so besiegelte ein feierlicher Eid (kumstvo) den hergestellten Frieden.

Im 17. Jahrhundert wollte der Bischof Danilo für ganz Montenegro eine einheitliche Rechtssprechung einführen, die sich aber nicht festsetzte. Peter II. schuf im Sinne seines Onkels Danilo mit Beihülfe eines Russen Ivanović einen Senat, der in der Besetzung von 12 Mitgliedern Recht sprach, während die niedere Gerichtsbarkeit von Rechtshütern (gardiens) ausgeübt werden sollte. Ernannt wurden die Mitglieder vom Bischof. Cettinje sollte Sitz des Senates sein, während die Rechtspfleger in Cernojević wohnen sollten, wohin sich

---

[2]) Allgemeines Gesetzbuch über Vermögen v. 25. März 1888.

die Bevölkerung halbjährlich drei Mal zur Marktmesse einstellte. Indessen mussten sich die Rechtspfleger auch in die Landbezirke (nahije) begeben.

Nach der neuen Gerichtsverfassung ist an Stelle des Senates das grosse Tribunal (veliki sud) und der Staatsrath (državni savjet) getreten. Strafen: Als Strafen gelten die Busse, Stockhiebe, die wollene Haube, Gefängniss, Verbannung und Tod. Die Busse dient zunächst zur Entschädigung des Verletzten. Von dem überbleibenden Betrage fallen drei Viertel der Staatskasse, ein Viertel den Richtern zu. Lange Zeit hindurch erhielten der Knez, Wojwode und die Schiedsrichter nur eine derartige Entschädigung.

Vermochte der zur Busse Verurtheilte nicht zu zahlen, so konnte er Waffen, Silbergeräth und sein Land hingeben. Faustpfand und dingliche Rechte brauchte er nicht zu berücksichtigen.

Stockhiebe sind selten, der Montenegriner erduldet eher die höchste Vermögensstrafe.

Vor Peter II. kannte man weder körperliche Züchtigung noch Freiheitsentziehung.

Die wollene Haube ist eine militärische Ehrenstrafe wegen Flucht vor dem Feinde.

Der Fürst führt den Titel: „Fürst und Herr vom freien schwarzen Berge und von Brda (Knjaz i gospodar slobodne Crne Gore i Brda)". Er ist oberster Kriegsherr und übt als unumschränkter Herrscher persönlich die Rechtspflege. Rechtsstreitigkeiten bedeutender und geringfügiger Art gelangen zu seiner Kenntniss. Sein Wille allein vermag das Urtheil der höheren und unteren Richter aufzuheben.

§ 9.

Das Ministerium

besteht aus dem Präsidenten und Minister der Justiz und des fürstlichen Schatzes, dem Minister des Innern, dem Minister

des Aeusseren, dem Minister des Krieges und dem Minister der Finanzen. Der Staatsrath besteht aus 8 Mitgliedern, einem Präsidenten und einem Vicepräsidenten.

§ 10.

Kriegswesen.

Jeder waffenfähige Montenegriner ist Soldat. Vor Danilo bestand keine Heeresorganisation, jedoch ging jeder Stamm unter seinem Wojwoden, Knjaz oder Serdar in den Krieg.

§ 11.

Die Finanzen.

Der Stand der Finanzen wird nicht veröffentlicht. Nach ungefährer Schätzung betragen die Einkünfte 445,000 Gulden, die sich aus 125,000 Gulden directer Steuereinnahmen, 20,000 Gulden der Klostererträge, 200,000 Gulden der Salzsteuer und 100,000 Gulden der Tabaks- und Spiritusauflagen zusammensetzen.

§ 12.

Die Posten und Telegraphen

unterstehen dem Minister des Innern. Die Länge der Telegraphen beträgt annähernd 414 Kilometer.

§ 13.

Völkerrechtliche Verträge.

Bemerkenswerth sind die Bestimmungen des Vertrages zwischen Montenegro und der Türkei: Sie gestatten zollfreie Ein- und Ausfuhr von Waaren im Hafen von Antivari (Bar) und geben die Strasse von der Herzegowina nach Scutari vorbehaltlich der Befestigung einzelner Punkte dem Handel frei. Die Einfuhr von Waffen und Munition, feindliche Grenzausfälle und deren Unterstützung durch die benachbarten Gebiete

sind verboten. Grenzstreitigkeiten sollen gemeinsam geregelt, und, wenn keine Einigung erfolgt, der Entscheidung der hohen Pforte überlassen werden.

Keine Familie darf ohne Pass der türkischen Behörde nach Montenegro einwandern. Reisen nach der Türkei sind erlaubt und geniessen des Schutzes. Verbrecher werden den Verträgen gemäss ausgeliefert. Die Montenegriner verpflichten sich, keine Festungen (kula) in Albanien, Bosnien und der Herzegowina zu errichten.

Im Uebrigen wird auf die Art. 26, 27, 29, 30, 31, 32 und 33 des Berliner Congresses vom 13. Juli 1878 hiermit verwiesen. Art. 29 verbietet den Besitz von Kriegsfahrzeugen und die Führung der Kriegsflagge.

§ 14.

Seit der Zeit, dass in Montenegro die grosse Reform vor sich ging, sind fast fünfzig Jahre ins Land gegangen, als nämlich höchste Autorität des Landes aus den Händen eines geistlichen Würdenträgers, eines Fürsten — Knjaz-Vladika, Fürst-Bischof — in die Hände eines weltlichen Fürsten überging. Mit dieser grossen Veränderung und der erforderlichen Energie wurde unter dem Fürsten-Knjaz Danilo I. den beständigen Unordnungen, die in dem Lande früher nur Verwüstung und trostlose Zustände schafften, bald ein Ende gemacht. Dieselben waren durch die frühere sogenannte Clanverfassung, diese ebenso kleine als einfache Administrativeinheit, nur begünstigt und deren Existenz durch die Schwäche der kirchlichen Gewalt nur weiter verlängert worden. Eine der wichtigsten Consequenzen dieser Säcularisation war auch, dass endlich die Isolirung von ganz Europa aufhörte, zu welcher Montenegro unter der Vladikenherrschaft bis zum Jahre 1851 verurtheilt worden.

Durch diese zwei historischen Thatsachen wurden eine Menge neuer Elemente auf den verschiedenen Seiten des

montenegrinischen Volks- und Staatslebens zur Geltung gebracht und sehr bedeutende Veränderungen hervorgerufen, die sich in das nationale Leben der Montenegriner durch die Macht der Dinge gewissermassen von selbst einführten und einbürgerten.

Doch nach Zahl und Wichtigkeit konnte von wirklich hervorgebrachten Veränderungen in dem nationalen Leben der Montenegriner unter dem Fürsten Danilo (1851—1860 kaum die Rede sein, im Vergleich zu den Resultaten des letzten Krieges (1878), welche durch den Frieden von San Stefano und den Berliner Congress nachfolgten. Doch lassen wir selbst die Ausdehnung des montenegrinischen Territoriums, welches sich durch den San Stefano-Frieden fast verdreifacht und durch den Berliner Frieden verdoppelt hatte, wie auch die Anerkennung der montenegrinischen Souveränität durch sämmtliche Grossmächte bei Seite und begnügen wir uns, um die Wichtigkeit dieser Veränderungen richtig zu würdigen, damit, zu constatiren, dass das montenegrinische Volk vor dem Kriege nur eine einzige Classe bildete und dass sich dies einzige Classe, wenn sie nicht gerade im Krieg begriffen, selbst die Weiber nicht ausgenommen, die oft Antheil an den Kämpfen nehmen, ausschliesslich mit Ackerbau und Viehzucht beschäftigte.

Durch die letzte Einverleibung einiger Städte: Podgoriza, Nikschitsch, Antivari, Dulcigno, in das Fürstenthum, wodurch industrielle und Handelselemente nach Montenegro kamen, durch die Erwerbung der Seeküste Antivari, Dulcigno (Ulcin), Mündung des Bojanaflusses wurden dem Lande maritime Elemente zugeführt, dem alten Montenegro fast völlig fremd — pia desideria — von denen montenegrinische Herrscher nur in Volksliedern träumen durften.

Bis dahin existirte in Montenegro nur eine einzige Religion und eine einzige — serbische — Nationalität. Auch in dieser Richtung kamen durch den letzten Frieden fremde Elemente

ins Land, die den Zustand desselben wesentlich veränderten. Es kamen nun hinzu Mohammedaner und Katholiken, daher ward zwischen Montenegro und Rom sogar ein Concordat abgeschlossen. Früher gehörte die Bevölkerung Montenegros ohne Ausnahme nur der orientalischen (pravoslavischen) Kirche an. In dem neu einverleibten Gebiet von Nikschitsch und Zeta, mit derselben orthodoxen Religion und serbischen Nationalität, befinden sich heute, wenn auch nur in sehr geringer Anzahl, auch Albaneser (Arnauti), speciell in Ulcin-Dulcigno und seiner Umgebung, ein ganz heterogenes nationales Element, welches bis heute noch immer den District von Gusinje, trotz der Bestimmungen des Berliner Tractates verweigert.

In ökonomischer Hinsicht war das montenegrinische Volk, das, wie gesagt, fast ausschliesslich aus Ackerbautreibenden und Viehzüchtern besteht, noch vor dem letzten Kriege von äusserster Einfachheit und seltener Sittenreinheit. In Folge des Mangels an Grund und Boden und der herrschenden Stammverfassung, der Bratstvo (Brüderschaften) und der Pleme (Stämme), war es sehr selten, dass Jemand mehr an Grund und Boden besass, als er selbst bearbeiten konnte. In mehreren Gegenden und bei einigen Stämmen war dieser Mangel so gross, dass unter die Familien Grund und Boden, Wälder und Wiesen, die bis zu dieser Zeit Gemeindegut gewesen, vertheilt werden mussten. Man muss hierbei bemerken, dass es in dem früheren Montenegro keine herrschaftlichen (spahijnski) Güter gegeben hatte, wie dies bis vor kurzer Zeit noch in verschiedenen Ländern und selbst bis heute noch in der Türkei der Fall ist. In Montenegro war bisher ein jeder Herr seines eigenen Grund und Bodens.

Die letzte (1878) Ausdehnung Montenegros nach dem Berliner Frieden, sowie auch die Vergrösserung durch türkisches Territorium hat auch noch zu anderen Veränderungen Anlass gegeben. Die neue Ordnung der Dinge erlaubte den mohammedanischen Gutsbesitzern (Spahi) nicht, ihre früheren

Rechte und Ansprüche auf Kosten der Christen auszuüben, und dennoch ist, was wenigstens den Boden dieser neuen muselmännischen Bevölkerung Montenegros betrifft, die ökonomische Seite dieselbe geblieben, so dass sich an die frühere Besitzesart auch noch die neuen Arten des Besitzes anreihten.

Diese Thatsachen genügen, um sich eine Idee von verschiedenen Metamorphosen in der neuesten Epoche Montenegros zu machen. Und diese Veränderungen, so zahlreich und so tief sie auch ins Volksleben eingreifen, haben sich in Montenegro dennoch bei Weitem nicht unter denselben Bedingungen und in derselben Zeit und Raum zugetragen, nicht in dem Grade wie anderswo vollzogen, sondern haben die unerwartete Folge gehabt, dass anstatt einer Annäherung an diese Länder und an Europa, wie man erwarten konnte, sie im Gegentheil die Situation noch mehr complicirten und haben den Zustand des so überhaupt originellen Landes noch viel origineller gestaltet. Wenn eine gewisse Gemeinschaftlichkeit des Lebens und der Ideen durch mehrere Jahrhunderte unter den Völkern des europäischen Continents, die ihre Verfassung, Gerichte und Civilrechte einrichteten, existirte; wenn auch, Dank anderen historischen Thatsachen, eine grosse Analogie in ihrem politisch-juridischen Leben daraus resultirte, so blieb doch Montenegro im Gegentheil durch die Macht der Dinge lange Zeit hindurch dieser Gemeinschaftlichkeit immer fremd.

§ 15.

Die scharfsinnige Vernunft des Fürsten Nikola I. sah das Bedürfniss ein, dass in dem vergrösserten Staate, in dem Staate, der durch das Meer mit der grossen Welt in Berührung trat, die Regierung, besser als die bisherige, nach den Regeln der civilisirten Staaten einzurichten war.

Der Senat, den der Fürst-Vladika (Fürst-Bischof) Petar II. im Jahre 1831 gründete (siehe S. 138), hatte in Montenegro

dem Fürsten zu rathen, und alle Verwaltungs- und Gerichtsgeschäfte zu verrichten, wie auch seine Entscheidungen und Urtheile durch Kapetanen (Hauptmänner) und Panduren vollziehen zu lassen. Im Senat war das erste und letzte Urtheil über die kleinen und grossen Angelegenheiten, über Gerichts-, Verwaltungs- und Finanzangelegenheit. Solche Form des Senats entsprach dem innerlichen Stande und der äusserlichen Staatsstellung Montenegros, welche das Fürstenthum bis zum letzten Kriege (1878) einnahm, aber seitdem sich dann das Eine und das Andere durch die Folgen des letzten Krieges verändert, d. i. durch die Ausdehnung der Grenzen Montenegros und Anerkennung ihrer immerwährenden Unabhängigkeit auch von jenen Grossmächten, die dies bis jetzt nicht gethan haben, entstand das Bedürfniss, dass man die bisherige Staatsverwaltung reorganisire und Montenegro seine richtige Staatsform bekomme und im Inneren eine ständige Ordnung für die genaue Verrichtung der Staatsgeschäfte und ein festes und gesundes Fundament für die fortschreitende Entwickelung zum Nutzen und Glück des Volkes und Beförderung seines Wohlstandes begründet werde.

Von nun an erklärte Knjaz-Fürst Nikola I., der Senat existire nicht mehr und an seiner Statt und für jene Geschäfte, die er verrichtete, werden besondere drei Körperschaften eingerichtet: 1. der Staatsrath (Državni Savjet), 2. das Ministerium, 3. das Obergericht (Veliki Sud).

Der Staatsrath (Državni Savjet) besteht aus den Ministern und Personen, die der Fürst unter den anderen oberen Staatsmachthabern wählt, in ihm wird über alle Geschäfte und Staatsbedürfnisse berathen, er arbeitet die Grundgesetze aus und behandelt die Gesetzvorschläge, die ihm einzelne Minister unterbreiten, jeder in seinem Fache; er hat Aufsichtsmacht über die ganze Staatsverwaltung, darum referiren die einzelnen Minister im Staatsrathe über ihre Geschäftsagenden und geben ihm jede nöthige Belehrung; er sendet die Controll-, Untersuchungs- und die übrigen Com-

missionen aus, er nimmt die Gesuche und Beschwerden aus dem Volke, von einzelnen Personen, vom Gesammt derselben und von den Gemeinden (Obština) an und unterbreitet jedes solche dem Fürsten mit seiner Entscheidung; am Ende jedes Rechnungsjahres verfasst er den Voranschlag (Proračun) für das nächste Jahr. Nach den Geschäften hält er seine ordentlichen Sitzungen, und in ausserordentlichen Vorfällen und Sitzungen, die der Fürst einberuft, sitzen auch die sämmtlichen Mitglieder des gewesenen Senats. Nach solcher Einrichtung ist der Staatsrath der gesetzgebende Körper und die höchste Staatsaufsichtsmacht.

Der Ministerrath besteht aus den S. 139 bezeichneten Abtheilungen.

Die Minister bilden nicht separate Körper, da sie alle Mitglieder des Staatsrathes sind; sie sind nur die Vollzieher des Gesetzes und Leiter der ihnen auf Grund dieser Gesetze untergeordneten Geschäfte, und als solche haben sie in den Grenzen ihres Wirkungskreises Functionen, für welche sie durch den Staatsrath dem Fürsten verantwortlich sind; sie unterbreiten, wie oben gesagt, nach ihrem Fache die Gesetzvorschläge dem Staatsrathe und erstatten am Ende des Rechnungsjahres die Berichte über ihre jährlichen Einnahmen und Ausgaben.

Das Obergericht (Velik Sud) in Cetinje mit einem Präsidenten, vier Räthen und drei Secretären verhandelt und entscheidet über die Uebertretungen und Verbrechen, welche ausser dem Wirkungskreise der Kreisgerichte (Okružni Sud) sind, es ist das Appellationsgericht (Prizivni Sud) für die Beschwerden von Kreisgerichten.

Gleichzeitig cassirte Fürst Nikola I. die bestehenden Kreishauptmannschaften (Okružna Načelstva) und schuf nur die Kreise mit Gemeindebehörden.

Montenegro theilt sich gegenwärtig in Kreise (Srezove), die 83 sind: aber stufenweise hat man sie auf die Hälfte zu reduciren. Fürst Nikola I. bestätigte das Gesetz über städtische Gemeinden. Mit diesem Gesetz ist das natio-

nale Gewohnheitsrecht über die städtische Selbstverwaltung bewahrt, denn es befiehlt, dass die Bürger jeder städtischen Gemeinde sich frei, ohne irgend einen behördlichen Einfluss einen Vorsitzenden und 12 Ausschussmänner wählen. Die Gewählten verwalten vier Jahre die Gemeinde (Obština). Die Gemeinde verwaltet ganz selbständig das Gemeindevermögen und nimmt die Einkünfte ein. Der Staat behält sich das Aufsichtsrecht vor. Die ersten Wahlen sind nach diesem Gesetz schon angeordnet. Nach Verstreichen von vier Jahren wird neue Wahl ausgeübt.

§ 16.

Mit dem Erlasse (Ukaz) des Fürsten Nikola I. vom 14./26. Januar 1898 wurde eine neue Herausgabe des montenegrinischen Allgemeinen Gesetzbuches über Vermögen (Güterrecht) „Општи Имовински Законик“ angeordnet, da sich während dieser zehn Jahre, seit dies Gesetzbuch erschien, in ihm viele Modificationen nothwendig zeigten. Das alte Gesetzbuch über Vermögen trat am 1./13. Juli 1888 und das neue am 1./13. April 1898 in Kraft. Der ritterliche Herrscher Montenegros, den das Volk mit vollem Recht den Vater der Gerechtigkeit nannte, sorgt unaufhörlich für das Glück seiner treuen Nation, was auch dieser Ukaz-Erlass über die Ergänzung eines der vervollkommnetsten Güterrechtsgesetze bezeugt, wie dies die juristischen Capacitäten von weltlichem Rufe anerkannt haben. Wir werden hier nicht über dieses Gesetzbuch sprechen, von ihm ist lang und breit gesprochen; es ist eines der grössten Werke des Fürsten Nikola I., nur wünschen wir, dass er uns auch mit anderen Theilen der geschriebenen Gesetze erfreuen möchte im Geiste der neuen Zeit und im Geiste seines Volkes; wir erwarten jeden Augenblick diese freudige Gabe, da wir davon überzeugt sind, dass daran gearbeitet wird.

Das Pressgesetz ist fertig und wird bald proclamirt. Das Justizministerium bereitet ein neues Gesetz über Gemeindeselbstverwaltung und -einrichtung vor.

Die Verordnung des Unterrichtsministeriums bestimmt, dass alle Elementarschulen und die mittleren Anstalten ihre Bibliotheken gründen, und dass solche auch dem Lesepublicum zugänglich sein sollen.

Auf dem Gebiete der rechtlichen Literatur ist die neue hervorragende Arbeit: Die zweite Edition des montenegrinischen Gesetzbuches: „Општи Имовински Законик за Књажевину Црну Гору,“ 1. Vol. in 8°, Cetinje 1898, gedruckt bei Chamerot & Renouard in Paris in vornehmster Ausstattung, zu bezeichnen. Wir brauchen hier noch zu erwähnen, dass das internationale Privatrecht in keinem der bisherigen Civilgesetzbücher so umfangreich behandelt ist, wie gerade hier, dass die Abtheilung von einzelnen Arten von Verträgen uns nicht weniger als zwanzig verschiedene Species bietet, dass wir in diesem Gesetzbuch einen ganzen Theil, den sechsten letzten, von mehr als 350 Artikeln haben, die nur didaktische Elemente enthalten, eine Gruppe, welche sich als solche in keinem anderen Gesetzbuche vorfindet. Das ganze Gesetzbuch hat 1031 Artikel, deren Eintheilung weder der Institutionen-, noch der Pandektenordnung folgt, da es nicht weniger als sechs Theile zählt, deren erster Theil vier, der zweite zehn, der dritte zwanzig, der vierte acht, der fünfte elf und der sechste acht, im ganzen 61 Capitel enthält.

Die wissenschaftliche Kritik dieses Gesetzbuches sprach sich sehr lobenswerth über das Werk Bogišić's aus und es wird demselben grosses Wissen, aber auch zugleich grosser praktischer Sinn nachgerühmt. Der ungewöhnliche Reichthum an neuen Ideen, sowie die ungeheuere Arbeit, die diese neue Richtung der Codification erforderte, ist auch wirklich für einen einzigen Autor riesig und bewunderungswürdig! Dass diese neue eingeschlagene Richtung zum Ziele geführt, oder sich demselben sehr genähert, davon spricht der Fürst Nikola in seinem Promulgationserlasse (Ukaz), sowie auch allgemein die Kritik. Aber welche Mängel oder Versehen immer

noch mit der Zeit in diesem neuen codificatorischen Werke auftauchen mögen, namentlich in der Ausführung der einzelnen Arbeiten, in der Verfolgung der einzelnen Zwecke, das Eine ist gewiss: dass ein so bedeutendes codificatorisches Werk von einem einzelnen Gelehrten in so origineller Art verfasst und trotz massenhaften inneren und äusseren Hindernissen mit einem solchen Capital von Wissen, Ausdauer, Umsicht und Energie geführt wurde, ist für M. Bogišić immer das grosse und seltene Verdienst, weil er, der Erste, es gewagt, diese neue Richtung einzuschlagen.

§ 17.

In Montenegro giebt es vier Instanzen: das Gemeinde- (Obštinski), Kapetanats- (Kapetanaski), Kreis- (Okružni) und Obergericht (Veliki Sud). Kapetanatsgerichte giebt es 90 und Kreisgerichte 10. Ueber alle Gerichte erscheint als eine Art des Cassationsgerichtes die sogenannte Cabinets-Urtheilung (Kabinetsko Sudjenje), an welcher der Fürst Theil nimmt. Die niederen Gerichte urtheilen sämmtliche Vermögens- und Familienrechtsstreitigkeiten und geringe Criminalfälle. Die grösseren Straffälle aber entscheidet das Obergericht. Die Todesurtheile werden dem Gutheissen des Knjaz-Fürsten unterbreitet.

In den Kreisgerichten sind wenigstens drei Mitglieder, die mit Stimmenmehrheit entscheiden. Der Präsident hat keine überwiegende Stimme. Im Obergerichte sind sieben Mitglieder, sie entscheiden mit Stimmenmehrheit. Der Präsident hat zwei Stimmen. Das Verfahren bei den Kreisgerichten und dem Obergerichte ist schriftlich.

Die streitführenden Parteien erscheinen meistens persönlich vor dem Gericht, können aber auch durch Bevollmächtigte vertreten werden. Die unzufriedene Streitpartei hat Appellationsrecht an das höhere Gericht im Laufe eines Monates und das niedere Gericht ist verpflichtet, darüber Bericht zu

erstatten. Gegen das Urtheil des Obergerichtes werden die Berufungen (Appellationen) selbst dem Fürsten (Gospodaru) unterbreitet. Der Fürst verhört die Parteien persönlich im Sitzungssaal des Obergerichtes und zwar jeden Samstag. Hier greift die unzufriedene Streitpartei das Urtheil des Obergerichtes an, welches dasselbe vertheidigen muss. Findet sich aber, dass das Urtheil nicht nach dem Gesetze und der Gewohnheit gesprochen ist, so wird es abgeändert, und wenn die einzelnen Umstände nicht genügend ausgeprüft sind, so werden sie durch besondere Untersuchungsrichter von Neuem geprüft.

Advocaten giebt es keine, sie sind auch nicht so nothwendig. Erstens deswegen, weil das montenegrinische Volk sehr klar ist, wie auch gewöhnt zu processiren; zweitens deswegen, weil es nicht jene Masse von geschriebenen Gesetzen giebt, die eine besondere Studie benöthigt. Das berühmte Allgemeine Gesetzbuch über Vermögen vom Jahre 1888 mit Ergänzungen und Abänderungen vom Jahre 1898 („Општи Имовински Законик"); das Strafgesetz des Fürsten Danilo und einige provisorische Verordnungen über das Gemeingut (Камуниіа), über die Zahlungsunfähigkeit (Презадуженост), über die Hypothek-Grundpfande (Застава) etc., das sind alle geschriebenen Gesetze und Verordnungen. Alles was nach diesen nicht entschieden werden kann, alles dies wird nach dem Gewohnheitsrecht geurtheilt.

Man fühlt die Nothwendigkeit der gesetzlichen Regulirung der einzelnen Verhältnisse, hauptsächlich des familiarischen, und dies wird Montenegro bald bekommen. Der Justizleiter Dr. Wojnovitsch Lujo beschäftigt sich seit lange mit dieser Frage.

Das Obergericht und das Kreisgericht haben ihre Archive, die durch Justizministerialverordnung vom 11. December 1896 Nr. 90 eingerichtet sind. Nach dieser Verordnung muss jedes Gericht je drei Tagebücher-Journale (дневника) halten; eines für Vermögens-Familien(civil)processe, das zweite für Criminalthaten und das dritte, Verwaltungsjournal, in das

man die Schriften der öffentlichen Verwaltung einzutragen hat, wie auch die Verordnungen mit dauernden Regeln. Jedes Actenstück, das bei dem Gerichte anlangt, trägt seine Reihezahl, die mit 1. Januar anfängt und mit 31. December endigt.

§ 18.

Das Processwesen ist beim montenegrinischen Volke, wie ich schon erwähnt habe, genügend entwickelt. Die Gerichtsstatistik zeigt uns, dass es sich immer mehr und mehr entwickelt. Im Jahre 1897 sind bei dem Obergerichte zur Erledigung gekommen 34 nichtstreitige Vermögens-Familienangelegenheiten, 127 streitige Familienangelegenheiten, 839 Vermögensprocesse, 22 absichtliche Mordthaten etc.; im Jahre 1898 von der ersten Art der Geschäfte 54, der zweiten 139, der dritten 879 und der vierten 35.

Diese Leidenschaft zur Processirung bemerkte der Justizminister und bestimmte mit der Verordnung vom 4. August 1896 Nr. 35 eine Frist, nach welcher die gerichtlichen Urtheile unwiderruflich werden; diese Verordnung motivirte: „Um einerseits die übermässige Processsucht zu verhindern ... und andererseits, damit die Rechte der Einzelnen desto kürzere Zeit unbestimmt bleiben ...“ Nach dieser Verordnung werden die Gerichtsurtheile unwiderruflich nach einem Monat vom Tage der Veröffentlichung. Eine Ausnahme erfolgt bei der Entdeckung neuer Beweise und zwar nach der Processerledigung, und bei unaufschiebbaren Hindernissen (Krankheit, Abwesenheit etc.). Diese Verordnung brachte nicht die erwünschte Frucht, und das Obergericht musste zu einer anderen viel radicaleren Verordnung Zuflucht nehmen, zu der Verordnung über Zahlung der Processkosten. Bis zu dieser Verordnung zahlte die sachfällige Partei nur die gerichtlichen Gänge und selten den Zeugen, namentlich aus dem gleichen Orte. Das Verfahren war kostenfrei; die Streitparteien kostete die Processführung gar nichts. Mit dieser

Verordnung ward festgestellt, dass man nicht nur die gerichtlichen Gänge (der Untersuchungsrichter), sondern auch die der Zeugen und der gerechten Streitparteien zahlen musste.

Diese Verordnung wird so viel als möglich die Processsucht mässigen, aber doch nicht in genügendem Maasse und man wird, und zwar schnell, wie überall, die Gerichtstaxen einführen müssen und neben diesen die Bestimmung treffen, dass die Streitigkeiten von geringerem Belang in der ersten und letzten Stufe bei niederen Gerichten erledigt werden. Dass man dies bis jetzt nicht einführte, beruht in der Sitte und Gewohnheit der Montenegriner, dass sie sich bei der mindesten Kleinigkeit nicht nur bei den Gerichten, sondern auch selbst bei dem Fürsten beschweren, wozu im Grossen selbst der Господар (Fürst) die Veranlassung gab mit seinem bekannten Ausdrucke: „Welcher Montenegriner nicht auch um den Sechser kommt, wenn es ihm scheint, dass eine Ungerechtigkeit vorliegt, der ist des Sechsers nicht werth.“ Dies hat der Fürst ausgesagt im aufrichtigen Wunsche, dass jedem Montenegriner Gerechtigkeit widerfahre und dies kann man auch in anderer, billiger Form beibehalten.

Noch ist zu bemerken, das die Zahl der Juristen wesentlich wächst; es giebt solcher je einen oder zwei in jedem Kreisgerichte als Mitglieder oder als Vorsitzende und im Obergericht giebt es mehrere als jüngere Beamte.

§ 19.

Zum Schluss müssen wir hier einen bedeutenden Staatsact hervorheben: Am heiligen Nikolaustage, 6./19. December 1900, als am Tage des Fürsten Nikola I., wurde das 40-jährige Regierungsjubiläum gefeiert; der montenegrinische Staatsrath (Senat) unterbreitete seinem Fürsten folgenden Vorschlag mit der Bitte, ihm seine Sanction ertheilen zu wollen: „Seine Hoheit der Fürst und Господар von Montenegro nimmt für sich und seine Nachfolger auf dem Fürsten-

thron den Titel Königliche Hoheit („Краљевско Височанство") an, den er vom heutigen Tage an führen wird." Diesem Vorschlage ertheilte Fürst Nikola I. am 6./19. December 1900 seine Sanction.

Auf Antrag des jetzigen Justizleiters, Graf von Woinowich, und nach Anhörung des Staatsrathes erliess Fürst Nikola I. zwei provisorische Gesetze: das eine über Untersuchungshaft (Истражни затвор), das andere über öffentliche Realitätenveräusserungen. Das erste trat am 1./14. December 1900 in Kraft und wird gesetzliche Kraft haben, bis man die Allgemeine Strafprocessordnung einführt. Das zweite Gesetz tritt am 1. März 1901 in Kraft und wird Gesetzeskraft haben, bis man das Gesetz über das gerichtliche Verfahren erlässt. Dies letzte Gesetz besonders ist dem Volke zu Gute gekommen, weil die bisherige Art der öffentlichen Realitätenveräusserungen von sehr grossem Schaden fürs Volk war. Viele Realitäten sind umsonst verkauft worden, da keine festen gesetzlichen Bestimmungen bestanden.

Literarische Anzeigen.

Salomonsohn, Assessor Dr. Georg, Der gesetzliche Schutz der Baugläubiger in den Vereinigten Staaten von Nordamerika. Berlin, Carl Heymann 1900. 480 S. 8 Mk.

Im Gegensatz zu der preussischen Ministerialcommission, die den sechsten Entwurf eines Reichsgesetzes betreffend die Sicherung der Bauforderungen ausgearbeitet und in der Begründung — meines Wissens zum ersten Mal auf diesem Gebiet — die amerikanische Gesetzgebung zum Vergleich herangezogen hat, vertritt S. den Standpunkt, dass die in den Vereinigten Staaten gesammelten Erfahrungen erhebliches Gewicht für Deutschland beanspruchen dürfen: das vorliegende Werk soll „praktisches Material" für die deutsche Gesetzgebung beibringen. Zu diesem Zwecke bringt S. sorgfältige Mittheilungen über die Hunderte von Gesetzesbestimmungen, die in den einzelnen Unionsstaaten die Baugläubiger schützen sollen und sollten, und die Tausende von Entscheidungen, die zu diesen Gesetzen ergangen sind. Er weist damit nach, dass in allen Staaten und Territorien der Union ein „Mechanics' Lien" anerkannt wird, d. h. „ein gesetzliches dingliches Recht des Baugläubigers an einer unbeweglichen Sache, das bestimmt ist, dessen persönlichen Anspruch „für die vertragsmässige Ausführung der ihren Werth erhöhenden „Lieferungen und Leistungen zu sichern" (S. 98).

Die Zulassung eines derartigen „Lien" ist aber auch das einzige Gemeinsame der Gesetze; in allen Einzelheiten weichen sie weit von einander ab. Entstehung, Umfang, Rang, Ablösung, Wirkung sind hier so, dort so geordnet, und die Unterschiede, die hierbei zu Tage treten, sind ungefähr ebenso gross, wie die Differenz zwischen § 648 B.G.B. und den Vorschlägen des Bundes für Bodenbesitzreform.

Es ist in Folge hiervon meines Erachtens nicht angängig, mit S. über die amerikanische Gesetzgebung im Ganzen ein Urtheil zu fällen; aus den in Absichten, Bestimmungen und Wirkungen verschiedenen Einzelgesetzen kann ein „Geist des amerikanischen Schutzrechts“ nicht destillirt werden.

S. schliesst sich denn auch in den Vorschlägen für ein deutsches Gesetz, die er als „Nutzanwendung des amerikanischen Rechts“ im letzten Theil seines Werks giebt, nicht „dem amerikanischen Recht“ an. Er bildet vielmehr, unter besonderer Anlehnung an das von ihm ausführlich besprochene New Yorker Recht, eklektisch aus verschiedenen amerikanischen Rechten ein neues Schutzsystem, in dem gerade das allgemeine amerikanische Lien nur eine untergeordnete Rolle spielt. S. will nämlich — sehr mit Recht! — in erster Linie den Baugläubigern dasjenige Befriedigungsmittel sichern, auf das sie selbst bei Beginn des Baues rechnen, das Baugeld. Nur für den Fall, dass dieser vorbeugende Schutz nicht genügt, gewährt er ihnen als dingliche Sicherung das Recht auf eine Bauhypothek. Und zwar soll diese im Rang allen Lasten, die zur Zeit des Baubeginns auf das Grundstück eingetragen sind und deshalb den Baugläubigern von Anfang an bekannt sein müssen, nachstehen, mit Ausnahme der Baugeldhypothek, die ihr „nur hinsichtlich der an die Baugläubiger ausgezahlten Raten“ vorgehen soll.

Auf die Einzelheiten der Vorschläge einzugehen, ist hier nicht der Ort: nur die interessante Thatsache sei betont, dass — eben so wie ja die Grundgedanken schon in früheren deutschen Gesetzesvorschlägen erschienen sind — auch die Einzelbestimmungen trotz ihrer transatlantischen Herkunft wohl keine einzige enthalten, die nicht bereits aus deutschen Erfahrungen heraus von deutschen Behörden, Vereinen oder Privaten empfohlen worden ist. Die Arbeit verdient trotzdem als fleissige Sammlung des weit zerstreuten Materials volle Anerkennung.

Kolberg. **Felix Hirsch.**

Die Karolina und ihre Vorgängerinnen. Text, Erläuterung, Geschichte. In Verbindung mit anderen Gelehrten herausgegeben und bearbeitet von J. Kohler, Professor der Rechte in Berlin. I. Die peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karl's V., Constitutio Crimi-

nalis Carolina. Kritisch herausgegeben von J. Kohler, Professor der Rechte in Berlin und Willy Scheel, Oberlehrer am Gymnasium zu Steglitz. Halle (Buchhandlung des Waisenhauses) 1900. 6 Mk.

Die peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karl's V., Constitutio Criminalis Carolina. Ausgabe für Studirende von J. Kohler und Willy Scheel. Gleicher Verlag. Mk. 1,60.

Das ehrwürdige Rechtsbuch, das im Deutschen Reiche während Jahrhunderten bis in unsere Tage hinein Gesetzeskraft hatte, an welchem sich die Wissenschaft des gemeinen deutschen Strafrechtes emporgerankt und das weit über die Grenzen des Reiches hinaus theils formale theils materielle Autorität besessen, wird nun hier in neuem Gewande vorgeführt. Eine umfassende Durchsuchung fast aller Archive und Bibliotheken Deutschlands war der Herausgabe vorausgegangen; sie förderte bisher unbekannte Handschriften und vergessene Drucke zu Tage. Eine dieser Handschriften schien den Herausgebern mit Recht von überwiegender Bedeutung, die Regensburger Urhandschrift des C. C. C. von 1532 in den kölnischen Reichstagsacten von 1532. Während die bisher gebräuchlichen Ausgaben alle auf den ersten Schöffer'schen Druck vom Hornung 1533 zurückgehen, der offenbare Fehler aufweist, legt die neue Ausgabe die bezeichnete Handschrift zu Grunde, die manche Unklarheit in den hergebrachten Texten beseitigt.

Die grössere Ausgabe bietet eine ausführliche Geschichte der Handschriften und Drucke des C. C. C., den Gesetzestext mit zahlreichen textkritischen Anmerkungen und Excursen, ein Wortverzeichniss mit Erläuterungen und ein analytisches (alphabetisches Materien-) Register.

Die kleine Ausgabe giebt den Gesetzestext, Wörterbuch und analytisches Register.

Mögen diese schönen Ausgaben dem Studium des für die Rechtsgeschichte und die Kulturgeschichte überhaupt hochbedeutsamen Gesetzeswerks neue Freunde, insbesondere auch unter der akademischen Jugend, zuführen.

Zürcher.

Die Strafprozessordnung, unter Berücksichtigung des Gesetzes vom 17. Mai 1898, und das Gesetz betreffend die Entschädigung der im Wiederaufnahmeverfahren freigesprochenen Personen.

Reichsausgabe, mit Anmerkungen und Verweisungen auf Entscheidungen des Reichsgerichts, sowie systematischem Sachregister, von Theodor Siebdrat, Polizeidirektor in Chemnitz. 3 Mk.

Sächsische Ausgabe, mit Verweisung auch auf Entscheidungen des k. sächs. Oberlandesgerichts, von demselben. 5 Mk. Leipzig (Albert Berger) 1898.

Zwei Specimina von Meinholds Juristischer Handbibliothek, redigirt von Max Hallbauer. Handliches Format, leicht leserlicher Druck. Die Anmerkungen gehen wenig über das hinaus, was die Guttentag'schen Ausgaben mit Anmerkungen bieten.

Zürcher.

Roth, Paul, v., Bayrisches Civilrecht. Zweite gänzlich umgearbeitete Auflage unter Berücksichtigung des Reichscivilrechts. 1. Th. XX u. 701 S. 1889; 2. Th. 1. Abth. VI u. 388 S.; 2. Abth. VI u. 482 S.; 3. Abth. VII u. 310 S. (1897); 3. Th. 1. Abth. VI u. 537 S.; 2. Abth. VI u. 394 S. (1898). Alphabet. Sachreg. 30 S. 1899. 2. u. 3. Th. besorgt von Heinrich Becher. Tübingen, H. Laupp'sche Buchhandlung.

Der Ausspruch des französischen Juristen P. Gide, dass die Deutschen vergleichende Rechtswissenschaft treiben könnten „sans aller de chez eux", passte bis zum 1. Januar 1900 auf keinen Staat mehr, als auf Bayern; dort gälten die zahlreichsten Particularrechte. Ueber die Zahl der anwendbaren Statuten wurde gestritten; die Angaben schwankten zwischen 50 und 128; auf dem jüngsten deutschen Juristentag in Bamberg wurde in der Festrede des Senatspräsidenten Schmidt in Bamberg mitgetheilt, dass in Bayern 108 Civilrechte und 147 C.-Proc.-O. in Geltung waren [1]).

---

[1]) Vgl. Dr. Scherer in der Jurist. Wochenschr. XXIX, 1900 S. 690.

Gleichwohl war Bayern bis 1871 der einzige grössere deutsche Staat, der jeder zusammenhängenden Darstellung seines Civilrechts entbehrte. Es war daher ein hohes Verdienst, als Paul v. Roth in den Jahren 1871—1875 sein dreibändiges Bayr. Civilrecht veröffentlichte, in welchem er nicht weniger als 43 anwendbare Statuten des rechtsrheinischen Bayern mit dem subsidiären (gemeinen resp. preussischen) Recht und mit der neueren Reichs- und Landesgesetzgebung in streng wissenschaftlicher Weise und unter Berücksichtigung der Praxis verarbeitet hatte. Die Anerkennung, die das Werk fand, machte noch vor Ablauf eines Jahrzehntes eine 2. Auflage nöthig. Nur den 1. Band derselben konnte Roth selbst besorgen; es geschah dies 1881 unter Umarbeitung einer Anzahl von Materien, zu der die im ersten Decennium des Deutschen Reichs besonders schnell arbeitende Gesetzgebung nöthigte; auch das System wurde in einzelnen Beziehungen abgeändert.

Es war indess Roth nicht mehr vergönnt die Weiterführung der 2. Auflage selbst zu besorgen; andere Arbeiten nahmen ihn in Anspruch; er wurde in die Commission für die Ausarbeitung des B.G.B. berufen und publicirte den 2. u. 3. Band seines leider Torso gebliebenen Systems des deutschen Privatrechts. Auch dieser Zeitschrift wendete er bei ihrer Begründung sein lebhaftes Interesse zu; gleich unser erstes Heft konnte seine vergleichende Darstellung der damals in Deutschland geltenden 120 ehelichen Güterrechte veröffentlichen. Im Jahre 1892 wurde Roth, der um Privatrecht und Rechtsgeschichte gleich verdiente Forscher, der Wissenschaft entrissen.

Dass sein bayrisches Civilrecht vor dem Veralten geschützt wurde, dass die 2. Auflage nicht unvollendet blieb, ist der Be- und Umarbeitung des 2. u. 3. Theils durch Heinr. Becher zu danken. Derselbe hatte bereits 1896 ein höchst umfangreiches Werk über das rechtsrheinische bayrische Civilrecht und Landescivilprocessrecht publicirt. In schneller Folge liess er nun diesem seinem eigenen Werk 1897 und 1898 die über 2000 Seiten enthaltende Umarbeitung des 2. u. 3. Bandes des Roth'schen Werkes folgen. War in dem eigenen Werke Becher's das bayrische Recht, soweit es auf einer einheitlichen bayrischen Rechtsquelle beruht, der Hauptgegenstand, so standen bei der Neubearbeitung des Roth'schen Werks natürlich die bayrischen Particularrechte im Vordergrund, aber ohne dass sie

doch den ausschliesslichen Gegenstand der Darstellung bilden. Es ist vielmehr die gesammte neuere Civilgesetzgebung Bayerns und des Deutschen Reichs mit zur Vergleichung herangezogen, insbesondere das B.G.B. mit seinen Nebengesetzen, Einführungs- und Uebergangsvorschriften. Dadurch sind Theil II u. III im Umfange und zum Theil auch im Gegenstand über die 1. Auflage weit hinausgewachsen; freilich aber wird dadurch die Incongruenz hervorgerufen, dass dem allgemeinen Theil und Familienrecht, das in Bd. I abgehandelt ist, die Bezugnahme auf das neue Recht ganz fehlt, während in Bd. II u. III, die das Sachenrecht und Erbrecht enthalten, dem B.G.B. vielfach ganze Abschnitte gewidmet sind.

Das Obligationenrecht ist in beiden Auflagen des Roth'schen Werks übergangen; in dem eigenen Werke Becher's ist es dem Vermögensrecht als zweites Hauptstück angegliedert. — Materiell hat Becher es bei den von Roth in der ersten Auflage kundgegebenen Ansichten aus Gründen der Pietät zumeist bewenden lassen; soweit indess Roth's spätere Ansicht aus dessen deutschem Privatrecht ersichtlich war, wurde natürlich diese substituirt; nur wo es die neuere Gesetzgebung gebot und in etlichen anderen zwingenden Fällen hat Becher seiner von Roth's Ansicht abweichenden Ueberzeugung in der neuen Auflage Ausdruck gegeben.

Das Roth-Becher'sche Werk wird nicht nur als Darstellung des früheren Rechtszustandes für die Rechtsgeschichte und für die Uebergangszeit ein besonderes Interesse bieten, sondern auch darüber hinaus schon deshalb seine Bedeutung bewahren, weil es auch die Specialrechte, die neben dem B.G.B. leider wohl noch recht lange Zeit ihre Sonderexistenz führen werden, sehr eingehend behandelt; insbesondere sind unter der Rubrik „dingliche Substanzrechte" das Lehnrecht, das Recht der Fideicommisse, die Regalien und die dinglichen Gewerbsrechte am Schluss des Sachenrechts auf 310 Seiten dargestellt.

Zürich, den 15. October 1900.

Cohn.

Verzeichniss der bei der Redaktion vom Februar 1899 eingegangenen und noch nicht besonders recensirten Werke [1].

Staub, H. Commentar zum Handelsgesetzbuch. 6. u. 7. Auflage. Berlin, Heine 1899. Lieferung 2—6, 8 u. 9.

La Giustizia Penale V, 1—52, VI, 1—48, VII, 1—10.

Stölzel, A. Rechtslehre und Rechtssprechung. Vortrag gehalten in Wien in der jur. Gesellschaft 7. Dezember 1898. Berlin, Vahlen 1899.

Rivista scientifica del diritto. Roma, Loescher & Co. II, 5—12, III, 1—3.

Mayer u. **Reis.** Die Grundzüge des Familien- und Erbrechts nach dem württemberg. Recht und dem B.G.B. in vergl. Darstellung. Stuttgart, Kohlhammer 1899.

Goldmann u. **Lilienthal.** Das B.G.B. systematisch dargestellt nach der Legalordnung des Allgem. Landrechts. Heft 4 u. 6. Berlin, Heine 1899.

Michel. Die rechtliche Stellung des Geistlichen in Württemberg nach reichs- und landesgesetzl. Bestimmungen. Stuttgart, Kohlhammer 1899.

Krit. Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Wissenschaft. 3. Folge. Bd. V (XLI), VI (XLII), VII (XLIII) Heft 1. Freiburg i. B. u. Tübingen, J. C. B. Mohr (Siebeck) 1899—1900.

Schefold, K. Die Errungenschaftsgemeinschaft des B.G.B. Berlin, Stuttgart, Leipzig, Kohlhammer (Monograph. üb. d. B.G. Bd. II.)

Engelmann. Das alte und das neue bürgerl. Recht Deutschlands mit Einschluss des Handelsrechts histor. u. dogm. dargestellt. 5.—7. Heft (Schluss). Berlin, Heine 1899.

Jäger, E. Die Konkursordnung auf der Grundlage des neuen Reichsrechts. 1.—6. Heft. Berlin, Heine 1899.

Mühlbrecht, O. Uebersicht der gesammten staats- und rechtswissensch. Literatur d. J. 1898, XXXXI. Berlin, Puttkammer & Mühlbrecht 1899.

---

[1] Letztes Verzeichniss in Bd. XIII S. 461 ff.

(Fortsetzung folgt.)

IV.

Der Talmud und sein Recht.

Von

Mordché W. Rapaport in Lemberg.

Vierter Theil.

Formen der Obligation.

§ 1.

In mannigfacher Beziehung unterscheidet sich das Obligationsrecht des Talmuds von demjenigen der anderen Rechtsbücher; zahlreiche Momente bewirken hier verschiedenartige Normen, die der nichttalmudischen Rechtswelt ganz fremd oder wenigstens ganz eigenartig erscheinen müssen. Da solche sich oft wiederholen und theilweise dem ganzen talmudischen Obligationsrechte das Gepräge verleihen, ist es nothwendig, diesem Obligationsrechte einen allgemeinen Theil vorauszuschicken, in welchem die allgemeinen Lehren auseinandergelegt werden sollen, wobei sich schon von selbst das Charakteristische hervorheben wird. Eine solche Zusammenstellung der allgemeinen Lehren ist im talmudischen Rechtsleben allein eine Seltenheit; eine systematische Ordnung des gesammten Rechtsmaterials oder auch nur desjenigen einzelner Institutionen wurde nur von vereinzelten Rechtsgelehrten des Talmuds vorgenommen und auch dann meistens nur auf eine solche Weise, die der modernen Rechtswissenschaft nicht entspricht. Statt in logischer Abstufung von dem mehr allgemeinen zu dem

weniger allgemeinen, von diesem zu dem speciellen, und von jenem zu dem detaillirten Gesetze wird in den talmudischen Codificationen mehr auf den inhaltsverwandten Sinn der einzelnen Normen geachtet, wobei auf die obige Reihenfolge weniger Aufmerksamkeit verwendet wurde. Dieses bildet einen Gegensatz zu der Auffassung der modernen Rechtswissenschaft, die einschliesslich des römischen Rechtes die Ordnung in dieser Reihenfolge als das Wichtigste betrachtet; in diesem Sinne wurden wiederholt die verschiedensten Rechte bearbeitet, am öftesten das älteste derselben, das römische Recht, dessen systematische Aufstellung als mustergültig betrachtet werden muss. Die Systematik war dort fast überall hauptsächlich von den Gelehrten erstrebt, denn die Gesetze hatten dort nur die allgemeinen Lehren aufzustellen, nach welchen sich die ökonomischen, wirthschaftlichen und politischen Verhältnisse abwickeln sollten; je mehr System und Ordnung dieselben vereinfachten, desto eher konnte das angestrebte Ideal erreicht werden: ein geordnetes Zusammenleben der Bürger im Staate ward dadurch am besten gefördert. Die Gesetze allein hatten zum grössten Theile nur einen allgemeinen Charakter, sie waren für möglichst viele Fälle zusammen geschaffen, sie sollten eben auch nur Wegweiser des Rechtes sein; für die einzelnen Fälle wurden nicht besondere detaillirte Normen festgestellt, sondern diese wurden der Beurtheilung des Richters, seinem Verstande und seinem Ermessen überlassen; in allen von dem Gesetze offen gelassenen Fällen, sowie in jenen, in welchen die logischen Consequenzen aus einzelnen Normen mit einander concurrirten, hatte der Richter seine eigene Entscheidung zu fällen; ebenso wie die Normen in Bezug des Hauptgegenstandes, entscheidet der Verstand des Richters in allen Einzelheiten und Details des vorgekommenen Rechtsfalles. Was hier das Zusammenwirken der legislativen Gewalten benöthigte, erforderte dort nur den Verstand des Richters in einem praktischen, den Geist des Gelehrten in einem theoretischen Falle; dem Ideale konnte dadurch sowohl hier wie dort entsprochen werden: das geord-

nete Zusammenleben der Bürger im Staate konnte so gesichert werden. Das Allgemeine an dem Rechte war die Hauptsache, die Details scheinen dem Gesetzgeber minder wichtig; jenes war als Rechtssystem der einzelnen Rechtsinstitutionen von den Gelehrten immer wieder bearbeitet und behandelt, dieses, die Detailarbeit in complicirten Fällen, wurde sehr oft vernachlässigt[1]); dadurch gelangte die systematische Bearbeitung des Rechtsmaterials innerhalb des römischen Rechtes zur höchsten Blüthe, die detaillirte Bearbeitung des Rechtsmaterials aber, gemäss dem Ideengange der einzelnen Institutionen wurde im talmudischen Rechte von den Gelehrten angestrebt, gepflegt und theilweise erreicht; dort wie hier musste die eine Seite der Rechtsausbildung durch die andere leiden, im Talmud war aber die detaillirte Ausarbeitung die wichtigere, aus Gründen, die ich weiter erklären werde. Dies bildet einen directen Gegensatz zu der Auffassung des Dr. L. Auerbach; selbstverständlich gelangt der Verfasser in seinem Werke zu ganz anderen Schlussfolgerungen, auf deren Widerlegung durch die Kürze des zur Verfügung stehenden Raumes hier nicht weiter eingegangen werden kann [1a]).

§ 2.

Wie schon in der allgemeinen Einleitung gesagt wurde[2]), bestand der Geist des Talmuds darin, dass einzig und allein nur jene Principien zur Geltung gelangen dürfen, die Moses von Gott am Berge Sinai empfangen hat; dieses Ideal ward nun auf die Weise angestrebt, dass für diese Principien, die als unbeugsam betrachtet waren, ein blinder Gehorsam bis auf das kleinste i-Tüpferl verlangt wurde, welcher immer und überall

---

[1]) Doch waren die Römer gerade die grössten Casuisten in den Rechtserörterungen. Kohler.

[1a]) Das jüdische Obligationenrecht. Berlin 1870. Vorrede S. VI. Die weitere Entwickelung nach seiner Auffassung bearbeitet er im 1. Hefte bis S. 156; über das 2. Heft des I. Bandes vgl. Anm. 130 u. 195.

[2]) I. Allgemeines § 3. Zeitschr. f. vergl. R. XIV S. 5—7.

zur Geltung gelangen musste. Das Ideal des Talmuds, das ihm für sein Recht vorschwebte, war also von dem römischen ganz verschieden; sämmtliche Principien der Thora sollte er überall, also auch im Rechtsleben zur Geltung bringen; bis auf das i-Tüpferl, bis in die kleinsten Details der einzelnen Rechtsfälle sollten also diese Principien durchgeführt werden; und diese Principien waren unbeugsam, sie konnten und durften den Umständen und Verhältnissen nicht angepasst werden. Dem Verstande des Richters konnte eine Entscheidung zwischen widerstreitenden Consequenzen zweier Normen auf keinen Fall anheimgestellt werden, denn wie sollte ein Mensch mit eigenem, aus dem gewöhnlichen Leben geschöpftem Verständnisse eine Differenz zwischen Normen schlichten, die in den Religionsprincipien ihre Basis hatten. Wohl sollte der Richter mit seinem Verstande den einzelnen Rechtsfall durch und durch verstehen und begreifen, wohl sollte er praktische Kenntnisse über wirthschaftliche, ökonomische und politische Verhältnisse besitzen, wohl sollte er auch die Charaktere und Behauptungen der Parteien bis auf ihren letzten Kern prüfen und beurtheilen können, aber nur um sich dadurch ein vollkommenes Bild zu ermöglichen, welche Principien, wie viele derselben, direct oder indirect, in diesem Falle angewendet werden müssten. Das Urtheil musste dann aber gemäss bekannten und bestimmten Normen im Sinne des einen oder des anderen Principes gefällt werden; es mussten für den Einzelfall genaue ausführliche Normen im Sinne dieser Principien unter Vermeidung jeglichen Widerspruches gegen auch nur eines derselben vorhanden sein, nach welchen dann der Richter seinen Wahrspruch sagen konnte. Seinem freien Ermessen konnte eben nie ein Urtheil überlassen werden; die Ausnahmen, die im Talmud in Bezug auf die Identität von Personen[2a]), sowie in Betreff der Concurrenz zweier gleichmässig rechtsverbindlicher

---

[2a]) Kethuboth 85, 2. Vgl. III. Schenkungen, Anm. 263 in Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. XIV S. 133.

Urkunden und dergleichen[3]) vorkommen, werden schon im Talmud selbst sehr erschwert durch Beschränkung derselben auf Immobilien[4]), sowie nur bei einer bestimmter Qualification des Richters[5]); allein auch diese betreffen eben nur reale Verhältnisse, aber keinen Widerstreit von Normen, denn schon beim geringsten Momente, welches mehr zu der einen Seite hinneigt, entfällt dieses freie Urtheil des Richters. Da aber in der Regel fast jeder Rechtsfall complicirt ist, so reichen auch die noch so ausführlichen Normen nicht aus; entweder enthalten diese für den einzelnen Fall keine ausdrückliche Bestimmung, oder derselbe soll gemäss der logischen Consequenz aus dem Sinne der einen Norm, anders als gemäss derjenigen einer anderen Norm behandelt werden, welch letztere auch das Gebiet dieses Rechtsfalles streift. In solchen Fällen kann der Richter aus Eigenem nicht entscheiden[6]), denn dieses Urtheil wäre werthlos, da es entweder einer Norm in deren Consequenz widerspricht, oder im ersten Falle, weil es keine Basis aus der Consequenz einer Norm für sich anführen kann; es müssen also auch für diese complicirten Fälle Normen vorhanden sein und geschaffen werden. Aber auch in Betreff derselben können die eben erwähnten Umstände wieder eintreten, denn die Complicirtheit menschlicher Verhältnisse ist eine Sache, die in ihrer Verschiedenartigkeit fast keine Grenzen kennt;

---

[3]) Kethuboth 94, 1; Baba Basra 35, 1; 62, 2.

[4]) Rema in Choschen Mischpat 240, § 3; folgt aus Baba Basra 35, 1. Raschbam-Commentar unten.

[5]) Kethuboth 94, 2.

[6]) Auerbach, Das jüdische Obligationenrecht I S. 118 meint gar: „In den Ländern, in welchen unter den Juden noch das Privatrecht jetzt zur praktischen Ausübung gelangt, spielen die meisten Richter, Männer, die viele Jahre auf das jüdische Rechtsstudium verwendet haben, nur die Rolle von Vermittlern, da sie bei Rechtsfällen, die in ihrer äusseren Zusammensetzung keine ganz analogen Fälle haben, welche in Rechtsbüchern entschieden sind, weder die geistige Kraft (??!) zu zerlegen und zu combiniren haben, noch, wenn diese vorhanden ist, sich aus Aengstlichkeit darauf verlassen wollen."

auch könnten solche Normen sich zuweilen widersprechen, oder gar den anderen Normen, sozusagen der ersten Ordnung, widerstreiten, überhaupt in ihren logischen Consequenzen einen Widerspruch hervorbringen, wodurch deren Gültigkeit, wenigstens der einen, erschüttert wäre. Dafür müssen wiederum Normen vorhanden sein oder erst gebildet werden durch richtige Anwendung der Interpretationsarten, durch logische Entwirrung einer complicirten Norm, durch Beweiserhärtung der einen der in Betracht kommenden Normen, und so weiter fast in einer bestimmten Art der Progression in infinitum. Diese Charaktereigenschaft des jüdischen Rechtsstudiums, die, wie gezeigt wurde, eine Folge ihres religiösen Charakters ist, lässt sich bis auf die ältesten Zeiten zurückführen, schon in der Mischna sehen wir ihren Anfang, in der Gemara begegnen wir ihrer Entwickelung, in der späteren so fruchtbaren rabbinischen Literatur zeigen sich die Versuche zur Erreichung dieses sich gestellten Zieles[7]). Dieses Ziel ist eben einem jeden jüdischen Rechtsgelehrten das Wichtigste; denn praktisch wird doch das Urtheil gemäss diesen letzteren Normen gefällt, diese also sind die eigentlichen Träger der jüdischen Rechtssprechung.

§ 3.

Die systematische Eintheilung, die von einzelnen Rechtsgelehrten innerhalb der talmudischen Normenwelt vorgenommen wurde, entspricht, wie schon gesagt wurde, nur sehr wenig der modernen Rechtswissenschaft, obwohl sogar dort ein theilweiser Fortschritt im Sinne der letzteren sich nachweisen lässt. Hauptsächlich zeigt sich dieser bei dem allgemeinen Begriffe des Privatrechtes; von Rabbi bis Karo scheint allmählich die Berechtigung des selbständigen Rechtsbegriffes sich entwickelt zu haben und bei letzteren ist er

---

[7]) Aber nicht wie die Ausführungen am Anfange des 8. Capitels in Auerbach, Jüdisches Obligationenrecht I S. 55.

schon in den Hauptumrissen wenigstens theilweise durchgeführt. Rabbi theilt das gesammte Normenmaterial des jüdischen Religionslebens in sechs Gruppen[8]), unter welchen das Familienrecht allein die dritte Gruppe, das übrige Privatrecht zusammen die vierte umfasst[9]). Die Benennungen aber zeigen, was für Begriffe über diese Gruppen damals bestanden; die dritte Gruppe hiess: „Frauen"-Normen, die vierte „Schäden"-Normen[10]); das gesammte Privatrecht bis auf das Ehe- und Familienrecht hatte also nur vom Standpunkte der nicht erfüllten Pflicht, wodurch sich ein Schaden ergab, zwischen den übrigen Religionspflichten einen Platz erhalten. Sonst hat Rabbi eine sehr reinliche Scheidung zwischen den Normen innerhalb der Mischna vorgenommen; innerhalb der vierten Gruppe enthalten die drei Baboth[11]) fast das ganze Obligations- und Erwerbsrecht, der andere Theil dieser Gruppe enthält die Civil- und Strafprocessordnungen, diese consequente Eintheilung zeigt den hohen Stand der jüdischen Rechtsforschung im 2. Jahrhundert n. Chr. In der Gemara wurde aber wieder diese Ordnung theilweise aufgehoben; sie bestand im Allgemeinen zwar weiter, allein durch den ganzen Charakter und Inhalt[12]) der Gemara musste sie die verschiedensten Normen zusammenmischen, so dass sehr oft bedeutende Normen einer Gruppe, sich mehr in einem Tractate einer anderen Gruppe entwickelten und nur dort allein sich befanden. Da nun also die Kenntniss des ganzen Talmuds immer erforderlich war, so versuchte man[13]) eine systematische Eintheilung, gemäss der Zahl 613 Gebote und Verbote[14]); selbstverständlich umfasste diese das gesammte

---

[8]) Vgl. I. Allgemeines § 2; Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. XIV S. 4, 5.

[9]) Siehe Maimonides, Vorrede zum Perusch Hamischnaioth.

[10]) Naschim resp. Nesikin.

[11]) Baba Kamma, Baba Mezia und Baba Basra.

[12]) Vgl. I. Allgemeines § 9; Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. XIV S. 27—30.

[13]) Mehrere Personen thaten es; besonders hervorzuheben sind der erste bekannte in dieser Art der Behag im J. 740 n. Chr., ebenso der Semag im J. 1237 und der Semak im J. 1290.

[14]) Vgl. I. Allgemeines § 7; Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. XIV S. 18—22.

Gebiet aller religiösen Normen, wobei bei den einzelnen Rechtsgeboten jedesmal der entsprechende Theil des Privatrechtes behandelt ward. Die Zahl der Gebote und Verbote auf dem Rechtsgebiete ist zwar nur ein Bruchtheil von 613[15]), aber dennoch war dieses eine Zersplitterung des Privatrechtes, wobei noch zwischen den einzelnen Theilen des Rechtes jedesmal Religionsnormen eingeschoben waren; gegen Rabbi war das aber insofern ein Fortschritt, dass das Recht nicht nur vom einzigen Standpunkte des Schadens behandelt wurde. Maimonides ging dann in der Mischna Thora einen Schritt weiter; er vereinigte einige Gebote und Verbote inhaltlich zu einer Gesetzessammlung, und mehrere der letzteren zu einer Gruppe, solcher Gruppen hatte er vierzehn. In diesen vierzehn Theilen behandelt er noch gleichmässig das ganze Gebiet der Religionsnormen; aber er behandelt schon wenigstens drei Haupttheile des Privatrechtes neben einander in drei selbständigen Theilen als: Obligatio ex delicto, Reichserwerb und Rechtsgeschäft, welch letzteres auch sonstige Rechtsnormen enthält[16]). Der „Tur"[17]) und sein Commentator Karo gehen noch einen Schritt weiter, indem sie alle diese drei Theile unter dem einen Namen „Mischpat" behandeln, welchen Maimonides nur für den letzten der früher angeführten Theile angewendet hatte; mit Ausnahme des Frauen-, das ist des Familienrechtes, wird also fast das ganze Privatrecht im modernen Sinne als ein Ganzes betrachtet, das eine eigene Benennung hat. Hier blieb man stehen, Niemand versuchte eine Vereinigung zwischen dem Familienrechte mit dem übrigen Privatrechte talmudisch

---

[15]) Wobei die Doppelzählung als Gebot und als Verbot öfters vorkommt I. Allgemeines, Anm. 91, Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. XIV S. 21.

[16]) Nesikin, Kinjan und Mischpatim als XI., XII. u. XIII. Theil.

[17]) Besteht aus vier Turim, die einzeln Orach Chajim, Joreh Deah, Eben Haeser und Choschen Mischpat heissen; der Verfasser heisst Rabbi Jacob, Sohn des Rabbi Ascher; vgl. III. Schenkungen, Anm. 50, Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. XIV S. 104; wo bei Karo ebenfalls dieselben Namen als Theile des Schulchan Aruch angegeben sind; ebenso daselbst Anm. 39. Daselbst S. 102.

durchzuführen, denn hier trat der Religionsstandpunkt dazwischen, der nicht verletzt werden durfte, auf eine Weise, die am entsprechenden Orte näher erklärt werden wird. Andererseits wurde auch weiter bei der Normenbildung für detaillirte Fälle immer wieder das ganze Gebiet der Religionsnormen berücksichtigt und wo nur möglich in Anwendung gebracht; ein rein juristischer Standpunkt kam nie zur Geltung, auch bei solchen Gelehrten, die in ihren Arbeiten nur Rechtsthemata behandelten. Ebenso wie bei der Hauptgruppirung lagen nun auch die Verhältnisse bei der Aufstellung allgemeiner Lehren für einzelne Theile oder für ganze Institutionen; eine systematische Aufstellung derselben im modernen Sinne war nach beiden Seiten hin, nach der systematischen, sowie nach der juristischen, im talmudischen Sinne unzulässig; dieses wäre aber möglich, auch für das talmudische Obligationsrecht, im Sinne des römischen Rechtes.

§ 4.

Den Geist der römischen Rechtsauffassung will ich in mehreren Beziehungen bei diesen allgemeinen Lehren in Anwendung bringen; auch den systematischen Ausbau des Privatrechtes von Rom, wie er in den Werken der modernen Rechtsgelehrten erscheint, werde ich möglichst durchzuführen bestrebt sein; aber beide nur insofern, als sie helfen sollen, die betreffenden rein juristischen, sowie die systematischen Seiten des Talmudsrechtes zu vervollständigen. Gleich bei der Begriffsbestimmung der Obligation soll damit der Anfang gemacht werden[18]); obligatio bezeichnete in Rom 1. die Forderung, 2. die Schuld und 3. das ganze Rechtsverhältniss, dessen zwei Seiten Forderung und Schuld sind; dieses sind die allgemeinen Bedeutungen des Ausdruckes obligatio[19]). Diese drei

---

[18]) Um nicht in extreme Betrachtungen hineinzugerathen, wie z. B. Auerbach, Jüdisches Obligationenrecht Note 7a auf S. 161 des I. Bandes.

[19]) Wobei der Ausdruck auch noch in rein technischen Bezeichnungen vorkommt.

allgemeinen Arten der Obligationen sind auch im Talmud möglich; es kann eine Forderung geben, der nicht direct die Pflicht einer anderen Person gegenübersteht; es ist eine Schuld möglich, der nicht direct eine subjective Forderung gegenübersteht; und endlich ist auch ein ganzes Rechtsverhältniss möglich, dessen zwei Seiten eine Forderung einer Person und die entsprechende Schuld einer anderen Person bilden, die eigentliche obligatio des römischen Rechtes. Das römische Recht, welches, wie ich oben[20]) gesagt habe, das geordnete Zusammenleben der Bürger im Staate anstrebte, hatte eben systematisch die Formeln für alle möglichen Fälle des Privatrechtes in diesen allgemeinen Bezeichnungen der obligatio anzugeben vermocht. Es kann im Privatrechte, so z. B. beim Sachenrechte sich darum handeln, Rechte einer Person im Verhältnisse zu einer Sache zu bestimmen[21]), die von allen anderen Personen nur negativ tangirt werden können[22]); beim Obligationsrechte wieder sollen die Rechte einer Person von einer bestimmten anderen Person positiv erfüllt werden[23]). Im ersten Falle hat der Besitzer des Rechtes nur eine Forderung, bei welcher die Gegenperson unbestimmbar ist im privatrechtlichen Sinne; jede fremde andere Person wieder hat bei diesem Sachenrechte irgend einer Person die Verpflichtung dieses nicht zu verletzen[23a]), so lange sie letzteres nicht thut, ist auch privatrechtlich keine Gegenpartei vorhanden. Dieses sind eben die zwei ersteren Bezeichnungen der obligatio; die eigentliche obligatio ist die dritte Art, wo es gleichzeitig bei derselben Obligation eine Forderung und eine Verpflichtung giebt, wo beide Träger der ein-

---

[20]) Siehe Cap. 1, Mitte.

[21]) Salkowski, Institutionen S. 174, III. Aufl.

[22]) Puchta, Cursus der Institutionen III. Th., S. 2, VI. Aufl.

[23]) Salkowski, a. a. O. S. 243; ebenso auch Baron, Pandekten S. 340, VI. Aufl., der den Moment der persönlichen Haftpflicht hervorkehrt.

[23a]) Sohm, Institutionen des römischen Privatrechtes S. 261, IV. Aufl.

zelnen Obligationsbestandtheile Individualpersonen im privatrechtlichen Sinne sind. Wenn aber die Persönlichkeiten nicht privatrechtlich bestimmbar sind, wenn die Forderung an den Staat gerichtet ist, oder wenn die Verpflichtung nur gegenüber der Gesellschaft vorhanden ist, dann giebt es zwar auch eigentliche Obligationen, aber sie werden im römischen Rechte als staatsrechtliche Obligationen bezeichnet und im Staatsrechte behandelt[24]). Wo der Staat eine so festgefügte und genau ausgebildete juridische Persönlichkeit wie in Rom ist, sind die staatsrechtlichen Obligationen ganz im Sinne auch der dritten Bezeichnung durchführbar; wenn dieses aber nicht der Fall ist, so verschwinden zwar deshalb diese Forderungen und Verpflichtungen der Einzelpersonen keineswegs, aber sie nehmen dann mehr den Charakter der ersteren Arten an. Ohne hier näher auf das Gebiet des talmudischen Staatsrechtes einzugehen, das ich in einem späteren Zeitpunkte besonders behandeln werde, muss bei der privatrechtlichen Obligation hervorgehoben werden, das talmudisch der theokratische jüdische Staat keineswegs in seinen Obligationen in einem Gegensatze zu der privatrechtlichen Persönlichkeit eines Individuums sich befindet, dass der Unterschied zwischen den staatsrechtlichen und den privatrechtlichen Personsobjecten nicht bei den einzelnen Obligationen im Talmud direct hervorgekehrt wird. Talmudisch wird ein Connex zwischen den Staatsgläubigern und den Staatsforderungen dadurch ermöglicht, dass über den Kopf des Staates hinweg die Personsobjecte derselben an einander gewiesen werden. Die Naturalsteuer wird z. B. an den Kohen und den Levi ausgefolgt[25]); der einzelne Besitzer einer Sache tritt mit der einzelnen Person aus jenen Ständen in eine gewisse Verbindlichkeit; eine directe privatrechtliche Obligation

---

[24]) Publicum ius est, quod ad statum rei Romanae spectat. Publicum ius in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit. Ulpian, l. 1, § 2. D. de J. et J. 1, 1.

[25]) Es giebt auch noch andere solche Naturalsteuern, diese werden in den speziellen Theilen behandelt werden.

ist auch talmudisch hier unzulässig; aber auch privatrechtlich konnte eine Verpflichtung des Besitzers und eine Forderung der betreffenden Person analog den obligationes des Privatrechtes vorkommen, wenn bei diesen noch andere Nebenmomente des Obligationsrechtes gegeben waren, welch letztere sonst an sich auf keine Weise allein die Basis für eine privatrechtliche Verpflichtung hätten schaffen können.

§ 5.

Eine selbständige secundäre Art von Obligationen kommt auch im römischen Rechte vor; es ist dieses die naturalis obligatio, die im Gegensatze zur eigentlichen Obligation nur insofern diesen Charakter besitzt, dass im Falle der Einkassierung der Gläubiger rechtlich sagen kann: debitum sibi recipisse[26]). Die Obligation allein ist: iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius rei solvendae secundum nostrae civitatis iura[27]); der Zwang besteht also darin, dass das Gericht bei der Durchführung der privatrechtlichen Normen, der civitatis iura, die Execution gegen den debitor veranlasst, was bei der Naturalobligation nicht der Fall ist. Im Talmud ist auch eine solche secundäre Art von Verpflichtungen möglich, aber ihr Gebiet ist bei weitem mehr ausgebreitet, als im römischen Rechte; nur kann sie hier nicht naturalis obligatio genannt werden, denn der Naturbegriff ist überhaupt dem Talmudgelehrten fremd[28]), auch liegt die Basis derselben ganz und gar nicht in der Natur, sondern in der Religion und müsste höchstens religiosa obligatio geheissen werden. Was im modernen Sinne als sittliche, moralische, religiöse, nationale, oder gar kaufmännische Normen neben dem Rechte gelten darf, dieses Alles fasst der Talmud als Normen nur einer einzigen

---

[26]) Jul. l. 16, § 4. D. de fidei 46, 1.

[27]) J. III. 13 pr.

[28]) Der Ausdruck Teba für Natur kommt z. B. kein einziges Mal in der ganzen Bibel vor.

Basis[29]) zusammen auf: entweder sie entsprechen den religiösen Grundsätzen, dann haben sie Geltung eben als *religiöse Normen*; oder sie widerstreiten denselben und dann dürfen sie überhaupt keine Geltung haben[30]). Diese *religiösen* Normen und Obligationen umfassen talmudisch auch jene Obligationen, die als solche auch *privatrechtlich* zu gelten haben; denn das Recht ist talmüdisch nur ein Theil der Religion, dessen Verpflichtungen sind also in erster Reihe religiöse Verpflichtungen. Der Talmud hat für alle Verhältnisse zwischen Menschen eine eigene Bezeichnung, er nennt sie: Dinge zwischen einer Person und ihrem Nächsten[31]); unter diese Bezeichnung fällt *Alles ohne Ausnahme*, was diesbezüglich möglich ist. Er stellt nun Normen für diese Verhältnisse auf und verleiht denselben Verbindlichkeit, welche aber nicht bei allen gleichmässig ist: 1. weist er das Richtercollegium an, die Norm positiv zu erzwingen; dieses ist die privatrechtliche Execution zu Gunsten des Klägers im Namen der Religionsnorm; 2. bedroht er die Nichtbefolgung der Norm mit einer Strafe[32]); dieses wäre eine Execution des Zuwiderhandelnden als Verbrecher; und 3. bestimmt er bei manchen überhaupt keinen *irdischen* Zwang, es ist dieses nur ein Zwang für ein religiöses Gemüth[33]); aber die Existenz einer Verpflichtung ist dann religiös für Jedermann gegeben. Beim Obligationsrechte des Talmuds ist genau auf diese Theilung zu achten, nur erstere können mit den römischen Obligationen verglichen werden; die letzteren könnten eher den römischen Naturobligationen entsprechen,

---

[29]) I. Allgemeines § 3 in Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. XIV S. 5—7.

[30]) I. Allgemeines § 4 in Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. XIV S. 8.

[31]) דברים שבין אדם לחבירו.

[32]) Das heisst mit einer körperlichen Strafe, denn die Geldstrafen gehören talmudisch zum Obligationsrechte; ebenso wäre es indirecte administrative Erzwingung durch Bann und Excommunirung, so z. B. in Kethuboth 91, 1.

[33]) Da die religiöse Sühne ohne Zufriedenstellung dieses Nächsten als unzulässig erklärt ward. Joma 85, 2; 87, 1.

weil bei allen der positive privatrechtliche Zwang für die Norm nicht existirt. Im Talmud giebt es noch eine ganze Reihe von Abstufungen zwischen der mittleren und der letzteren Art von religiösen Obligationen[34]). Maimonides erwähnt noch die Gebote und Verbote am Anfange der einzelnen Gruppen[35]); Karo aber unterscheidet schon nur zwischen der religiösen und privatrechtlichen Verbindlichkeit, „schuldig“ heisst bei ihm ebensoviel wie privatrechtlich verpflichtet im römischen Sinne[36]). Die zahlreichen Wirkungen der Religion beim talmudischen Rechte, das im Sinne des Talmuds doch auch nur dazu dienen soll, um die am Berge Sinai empfangenen Principien zur Geltung zu bringen[37]), lassen sich folgendermassen gruppiren: 1. Die Religion ist die Basis der Obligation, da infolge der Religion allein ohne irgend eine menschliche Handlung Obligationen existiren; in dieser Beziehung tritt sie beim theokratischen Staate an Stelle des Staatsbegriffes als Ganzes, wie er sonst im Staatsrechte behandelt wird[38]). 2. Die Religion bildet den Zwang der Obligation, da sehr oft das ganze Verpflichtungsverhältniss nur in der Religion allein eine Gewalt besitzt, die sich für die Einhaltung und Befolgung derselben einsetzt; in dieser Beziehung tritt sie bei einem Volke von grösserer religiöser Gesinnung als Administrativbehörde auf[39]); und 3. ist die Religion die Schöpferin einer Obligation, da zu-

---

[34]) Die bei jedem einzelnen Falle eigene Formen annehmen.

[35]) So zählt er bei der XI. Hauptgruppe 20 Verbote auf, bei der XII. 12; bei der XIII. ebenfalls 12 Verbote; die Zahl der Gebote beträgt bei all diesen dreien zusammen 33; Mischna Thora, Vorrede der einzelnen Hauptgruppen.

[36]) So z. B. Schulchan Aruch, Choschen Mischpat 12, § 6; ebenso Rema daselbst; kommt überaus zahlreich vor. Hauptsächlich auch, weil er nur solche Vorschriften anführt, die auch in der Diaspora zu gelten haben; eine Strafe in jenem Ausmasse, wie sie die Thora vorschreibt, aber dann unmöglich ist aus Mangel eines entsprechenden Richtercollegiums. Sanhedrin 2, 1; Maimonides XIV. Buch, I. Gs., Cap. 5, §§ 4, 7.

[37]) Vgl. I. Allgemeines § 3 in Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. XIV S. 6.

[38]) Vgl. Cap. 4 vor Ende. [39]) Vgl. Anfang dieses Capitels.

weilen privatrechtlich verschiedene Momente bei einer Obligation jeder reellen Basis entbehren und einzig und allein durch den Machtspruch der Religion für das Richtercollegium als vorhanden betrachtet werden müssen[40]); hier nimmt sie gar die Stelle eines reellen Lebensmomentes ein, ähnlich wie in Rom die gesetzlichen Fictionen. Durch letzteres wird aber nicht nur eine religiöse Verbindlichkeit, sondern bei sonst privatrechtlichen Obligationen können einzelne Momente auf diese Weise ersetzt werden, und das Richtercollegium ist dann verpflichtet zur Execution zu schreiten. Der mittlere Fall kommt, wie es Anfangs dieses Capitels gezeigt wurde, als Begleiterscheinung einer jeden eigentlichen Obligation vor; andererseits aber bildet er auch die Basis des grossen Kreises der nur religiösen Obligationen. Die erste Art wieder kann nie selbständig eine privatrechtliche Obligation schaffen; die Möglichkeit ist aber vorhanden, dass bei sonst rechtsunverbindlichen Momenten, ebenso wie es im vorigen Capitel erklärt wurde, durch Verbindung mit Obligationen dieser Art, sowie auch mit jenen der mittleren Art, den sogenannten religiösen Obligationen, auch privatrechtliche Verpflichtungen entstehen können; diesen, einer secundären Art der Obligationen, kann nur an zweiter Stelle neben den wirklichen Obligationen ein Platz angewiesen werden, nur auf solche Weise werden ihre privatrechtlich verbindlichen Seiten hervorgehoben werden.

§ 6.

Die wirklichen Obligationen des Talmuds bilden alle zusammen talmudisch nur eine grosse Gruppe; der Talmud behandelt, wie schon oben[41]) gesagt wurde, alle Verpflichtungen vom Standpunkte des Schadens und so finden wir auch gleich

---

[40]) So z. B. ist eine Verabredung zur Zinsennahme, in welcher Formalität immer, ungültig; Baba Kamma 30, 2; Baba Mezia 72, 1; Baba Basra 94, 2; Karo, Choschen Mischpat 52, § 1 sogar bei einem Schuldscheine, wo die Zinsen ausdrücklich hervorgehoben sind.

[41]) Vgl. Anm. 10.

am Anfange der Baboth[42]) einen Versuch zur allgemeinen Zusammenfassung aller Schadens-, das ist der Obligationsarten. Die Mischna zählt nur vier Arten auf, die sich alle als Schaden zugefügt durch Eigenthumsbestandtheile[43]) charakterisiren lassen[44]). Es giebt aber später in der Gemara noch eine Zusammenstellung von 13, ja sogar eine von 24 Schadensarten, zu welchen noch im Talmud allein 3[45]) zugezählt werden; hier folgen diese 27 Arten auf die Weise, dass die ersten 4 der 1. Gruppirung der Mischna, die ersten 13 inclusive jener 4 der 2. Gruppirung, die ersten 24 inclusive jener 13 der 3. Gruppirung des Talmuds entsprechen, die letzten 3 sind auch talmudisch noch selbständige Schadensarten, aus später zu erörternden Gründen wurden sie aber nicht in der allgemeinen Zahl aufgenommen. Diese sind: 1. Zertreten von fremden Eigenthum durch lebende Thiere, die einer bestimmten Person angehören, welche Person dann für den Schaden aufkommt. 2. Grubensturz, sowie jede andere derartige Beschädigung hervorgerufen durch Gegenstände einer Person, hauptsächlich auf öffentlicher Strasse. 3. Aaressen fremder Gewächse in einem analogen Falle wie unter 1. 4. Feuer, welches Schaden angerichtet hat, ohne Rücksicht darauf, dass die Flamme mit voller Berechtigung von der Person entfacht wurde. 5. Verwahrung ohne Entgelt; dieses, wie die folgenden Fälle unter 6, 7, 8, insofern die betreffende Person für den der Sache entstandenen Schaden nach Massgabe ihrer Verantwortlichkeit aufzukommen verpflichtet ist. 6. Leihe ohne

---

[42]) Baba Kamma 2, 1; 4, 2; Kerithoth 2, 2.

[43]) Im Sinne des einen Amoräers in Baba Kamma 3, 2 von 2, 1.

[44]) Systematisch-technische Unterscheidungen bei einer Beschädigung von Sachen zwischen der persönlichen Beschädigung und jener durch Thiere kommen vor in Altindien, Leist, Altarisches ius gentium S. 365.

[45]) Tosafoth Baba Kamma 5,1 Mitte bemerkt, dass es eigentlich noch zwei Arten giebt, die aber als Strafgelder für Tödtung nicht zu diesen gezählt werden können; diese sind Strafgelder für die drittmalige Tödtung eines fremden Menschen durch Thiere einer andern Person.

Entgelt, vgl. unter 5. 7. Verwahrung gegen Entgeltung; vgl. unter 5. 8. Leihe gegen Entgeltung, das ist eigentlich Miethe, unter den Voraussetzungen angegeben bei 5. 9. Schadenersatz für jedwede durch eine Person in persönlicher Handlung verursachte Beschädigung, inwiefern ein absoluter Schaden an dem Gegenstand wahrzunehmen und, sogar bei einem verwundeten Menschen, abzuschätzen ist. 10. Schmerzensentgelt bei einem Menschen, inwiefern die betreffende Beschädigung unter relativ geringeren Schmerzen möglich wäre. 11. Heilungskosten eines Menschen, der durch eine Person beschädigt wurde, analog den früheren unter 9 und 10. 12. Verdienstentgang, aber nur in dem relativen Verhältnisse, analog wie unter 10, nicht wie viel der Beschädigte als ganz Gesunder sonst verdienen könnte. 13. Reugeld für die Schande, die entsprechend den Persönlichkeiten beider in Betracht kommenden Parteien variirt. 14. Das doppelte Strafgeld, inwiefern bei den Diebstahlsarten ausser dem Schadenersatze, respective der Rückgabe des Gegenstandes, noch in gleicher Höhe eine Strafsumme zu zahlen ist. 15. Das vier-, respective fünffache Strafgeld[46]), inwiefern beim Diebstahl eines Ochsen, respective eines Schafes und späteren Schlachten desselben, ausser dem Schadenersatze nach 9, und dem zweifachen Strafgelde nach 14, noch abermals eine zweimalige, respective dreimalige Schadenhöhe als Strafe hinzukommt. 16. Diebstahl, inwiefern der Gegenstand allein, respective dessen Werth restituirt werden soll. 17. Raub unter denselben Verhältnissen wie bei 16[47]). 18. Ueberführte

[46]) Dieses ist relativ eine äusserst geringe Strafe im Vergleiche zu anderen orientalischen Rechten, wo z. B. der Koran Sure V, 42 die Hand abzuhauen befiehlt; mit Ausstossung wird der Diebstahl bestraft in Indien, Kohler in Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. VIII S. 267; mit Verknechtung bei den Kalmücken, Koehne in Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. IX S. 467; sogar die Todesstrafe kommt vor nach Manu Buch VIII, 320, Jolly in Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. IV. Band.

[47]) Der Unterschied zwischen Raub und Diebstahl ist ebenso, wie ihn das Gesetzbuch des Manu erklärt: Raub ist es, wenn die That (An-

Zeugen, deren falsche Zeugenaussage eine Verurtheilung herbeigeführt hat, in der Höhe des dadurch möglich gewesenen Schadens. 19. Nothzucht, inwiefern eine Strafsumme von 50 Kesef[48]) an das Mädchen, respective an dessen Vater zu zahlen ist; dieses ist ein privatrechtliches Strafgeld, wobei noch sonst die betreffende Person mit verschiedenen Obligationen nach 9, 10, 13 belegt wird. 20. Verführung, analog wie bei 19. 21. Verleumdung seiner jungfräulichen Frau, inwiefern analog wie unter 19 der Betreffende 100 Kesef zu zahlen hat. 22. Entweihung, durch das religiöse Tamu, bei solchen Gegenständen, die früher religionsgemäss eine reine Qualität besassen und die dadurch ihren Werth auch in materieller Beziehung verloren haben; inwiefern durch letzteres Jemandem ein Schaden entstanden ist. 23. Vermischung religiös nur unter gewissen Beschränkungen, in Betreff der Persönlichkeiten, zu verwerthender Gegenstände mit solchen, die von diesen Beschränkungen frei sind und dadurch einen grösseren Werth als die ersteren haben; inwiefern letzterer durch die Handlung verringert wurde. 24. Gussopferung fremder Weine vor Götzenbildern, wodurch dieselben ausser Gebrauch gesetzt und mithin um die ganze Werthhöhe beschädigt wurden. 25. Hornbeschädigung[49]), sowie ähnliche aussergewöhnliche Beschädigungen durch die einer Person gehörenden Haus- oder sonstige Thiere; analog wie unter 1, nur mit dem Unterschiede, dass bei einer solchen Beschädigung nicht gleich der ganze, sondern bis nach dem dritten Male nur der halbe Schaden su bezahlen ist.

---

eignung des fremden Besitzes) in Gegenwart (des Eigenthümers) mit Anwendung von Gewalt vollführt wird; wird es hinter seinem Rücken vollführt (oder wird die Entwendung nach vollbrachter That abgeleugnet), so ist es ein Diebstahl. VIII, 332 bei Jolly in Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. IV. Band.

[48]) Bechoroth 49, 2; Kiduschin 11, 2; Kethuboth 10, 1; 29, 2; 38, 2. Vgl. II. Intestarerbrecht Anm. 210 in Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. XIV S. 64.

[49]) Vgl. Anfang dieses Capitels, sowie des folgenden Cap. 7. Baba Kamma 2, 2.

26. Denunciation; inwiefern der Denuncirte durch dieselbe Schaden gelitten hatte, hat der Denunciant dafür aufzukommen; und 27. Verwerfung des Opfers durch falsche Opferungsmomente seitens der Kohen, wodurch der Person das Opfer nicht angerechnet wird und ihr durch das nochmalige Darbringen desselben Opfers ein materieller Schaden verursacht wird[50]. Ausserdem haben noch mehrere Arten, insbesondere jene unter 1, 2, 3, 4 und 25 angeführten, ganze Reihen von Unterabtheilungen, die aber hauptsächlich nur durch die Verschiedenheiten natürlicher Verhältnisse und nicht durch juristische Momente entstanden sind.

§ 7.

All diese 27 Arten werden auch talmudisch nur als Schadensarten betrachtet, sie gelten also nur als obligationes ex delicto, allein es muss hier nochmals[51] darauf aufmerksam gemacht werden, dass Rabbi das ganze Privatrecht unter diesem Titel behandelt, mithin diese 27 Arten alle Obligationen des Talmuds enthalten. Auch schon der Talmud kennt zwischen diesen einzelnen Arten Unterschiede obligationsrechtlicher Art; so z. B. bezeichnet er[52] 14—24 als Strafgelder, bei manchen ist schon dadurch ein Strafmoment gegeben, dass der Schaden nicht ersichtlich gemacht werden kann durch augenfällige Beschädigungen, oder dass, wie bei 26 und 27, überhaupt der Schaden ohne actio erfolgte[53], oder dass wie bei 25 dieser nicht immer gleichmässig zu bezahlen ist[54]; ja sogar die fides, bona oder mala, wird einerseits bei 16 und 17, andererseits bei 5, 6, 7 und 8 hervorgehoben[55]. Allein, obwohl letztere commodatum, locatio conductio u. s. w. enthalten,

---

[50]) Die letzten zwei Arten Baba Kamma 5, 1.

[51]) Vgl. Anm. 10.

[52]) Aus Baba Kamma 4, 2.

[53]) Baba Kamma 5, 1.

[54]) Baba Kamma 4, 1. Vgl. Anm. 43.

[55]) Bei der Unterscheidung der 2. Gruppirung von der 3. Baba Kamma 4, 2.

bei diesen also auch schon Formen von Contractsobligationen vorkommen, werden nicht diese, sondern die durch die Nichteinhaltung entstehenden Delictsmomente hervorgehoben. Aber nicht nur, dass jene Seite bei diesen Obligationen übergangen wird, überhaupt werden die Contractsobligationen als Institution, als Theil einer Institution, nicht hervorgehoben, diese ganze Construction der römischen, sowie der modernen Jurisprudenz ist dem Talmud fremd. Während die letztere in der Kraft der klagbaren obligatorischen Consenserklärung einen Verbindlichkeitsmoment für eine obligatio erblickt[56]), geht der Talmud darüber hinweg, indem er dem Consense, als unwesentlich und selbstverständlich, keine besondere Rechtsverbindlichkeit beilegt[57]). Gegen seinen Willen kann kein Mensch, wenn nicht ex lege, in seinem Vermögen beschränkt werden, dieses gilt ebenso für die Person, die sich verpflichten soll, wie für jene, für welche sich erstere verpflichtet; der absolute Eigenthumsbegriff setzte dieses so einfach voraus, dass der Consens auf keine Weise eine besondere rechtliche Tragweite erlangen konnte. Der Talmud geht in seiner starren Festhaltung des Eigenthumsbegriffes noch weiter, indem er den Besitz nicht als wesentlichen Bestandtheil des Eigenthums betrachtet; man ist weiter Eigenthümer seiner res[58]), auch wenn diese in fremdem Besitze sich befindet[59]); als Reallast, wie man es nennen

---

[56]) Sohm a. a. O. S. 271. Weil du die Verbindlichkeit eingegangen bist, die Verpflichtung übernommen hast, so hast du die Pflicht, sie zu erfüllen. Jhering, Der Geist des römischen Rechtes I S. 479.

[57]) Beim kandischen Rechte wird der Vertrag erst durch eine folgende Fluchformel perfect. Kohler, Rechtsvergl. Studien S. 236.

[58]) Dieses ist nur in geringem Maasse beim modernen Rechte der Fall. Vgl. Handwörterbuch der Staatswissenschaften Bd. II S. 406, wo in fünffacher Beziehung der Connex von Besitz und Eigenthum hervorgehoben wird; schliesslich kommt es dort darauf heraus: Der Besitzschutz ist eingeführt des Berechtigten willen, im Besitze soll der Berechtigte geschützt werden (S. 423).

[59]) Vgl. Anm. 78.

könnte, lastet dann auf derselben das Recht des momentanen Besitzers, dem in dieser Beziehung ein dingliches Recht vom Eigenthümer für eine bestimmte Zeit eingeräumt wurde[60]). Der momentane Besitzer dieser Reallast[61]) muss dieselbe wie ein volles Eigenthum erwerben durch die Erwerbsarten der res, jede auf ihre Weise; so lange dieses Recht dauert, ist sozusagen das Eigenthumsrecht latent, im Momente, wo die Reallast aufhört, hat der Eigenthümer wieder den Anspruch auf vollen Besitz seiner res. Dass dieser ihm wieder übergeben werden wird, ist talmudisch so selbstverständlich, dass der Talmud dafür fast keine besonderen Normen aufgestellt hat; es ist eben eine einfache Störung des Eigenthumbesitzes; wenn ein Schaden daraus entstehen sollte, dann hat der momentane Besitzer delictsmässig einen solchen verschuldet; eine Entschädigung im Zinsenverhältnisse kennt der Talmud nicht, sein absolutes Zinsenverbot[62]) hat ein solches nicht entstehen lassen. In Folge dessen ist die talmudische Auffassung von den römischen Contractsobligationen ganz anders geartet; das römische Recht sieht in den Geschäftsobligationen eine eigene Eigenthumsart sozusagen mit doppelten Rechtsanforderungen, der actio directa steht in der Regel eine actio contraria gegenüber[63]), der Talmud aber anerkennt nur ein einfaches Recht am Eigenthume. Die römischen Geschäftsobligationen sind also talmudisch nur ein Theil des Eigenthumsrechtes; erst

---

[60]) Vgl. Anm. 167.

[61]) So z. B. wird eine Art von Pacht mit Erbberechtigung als Reallast betrachtet. Kohler, Vom Rechte am Ganges in Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. VIII S. 95.

[62]) Vgl. Anm. 72, 73, 74; ebenso sagt das Rechtsbuch Vischnu (5, 1): Ein Gläubiger soll sein Capital vom Schuldner genau so zurückerhalten, wie er es ihm geliehen hat, Leist, Altarisches ius gentium S. 458; ebenso sagt der Koran Sure 74, 6: Verleih nicht mit der Absicht, um mit Profit abzunehmen; ebenso Kohler, Islamitisches Obligationsrecht in Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. VI S. 216.

[63]) Hauptsächlich bei den Real- und Consensualcontracten. Sohm a. a. O. §§ 66, 69.

im Stadium der Verletzung desselben, wo dem Eigenthümer ein Schaden entsteht, beginnt talmudisch auch eine obligationsähnliche Verpflichtung; daher sind sie aber auch nur obligationes ex delicto, in jenem Sinne[64], wie Rabbi das ganze jüdische Privatrecht unter dem Titel „Schäden" behandelt. Freilich unterscheidet schon Maimonides zwischen Verpflichtungen, die durch eine Verbindung mit Eigenthumsrechten entstehen und jenen in Folge einer Beschädigung, erstere behandelt er auch unter Kinjon und Mischpatim, Normen des Erwerbes und Rechtsgeschäftes, letztere unter Nesikin, d. h. Normen vom Schaden[65]; aber die eigentliche Unterscheidung ist nur jene zwischen indirecte und directe Hervorhebung der Beschädigung. Indirect behandelt in seinem ganzen Sachenrechte: Erwerb, Besitz und Rechtsgeschäft, der Talmud einzig nur den Schutz des Eigenthums vor einer Beschädigung in allen seinen Abarten ohne Ausnahme, mithin auch jene Eigenthumsrechte, die nur temporär gelten, die eigentlichen römischen Geschäftsobligationen; direct behandelt der Talmud nur die effective Beschädigung, das sind die römischen obligationes ex delicto. Selbstverständlich kennt der Talmud mehr Abarten des delictum, als das römische Recht, denn ein Schutz des Eigenthums besteht auch darin, dass er die jeweilige Verletzung des Sachenrechtes zum Delicte stempelt[66], er muss also entsprechend den einzelnen Eigenthumsarten, solche Delicte construiren. Auf welche Weise er aus den römischen Geschäftsobligationen temporäres Eigenthum herausconstruirt, sowie die Art, wie er die entsprechenden Delicte mit denselben verbindet, wird in Folgendem bei den einzelnen Contractsobligationen erklärt werden.

---

[64]) Vgl. Cap. 3, Anfang.

[65]) Namen des XII. und XIII., entsprechend des XI. Buches seiner Mischna Thora.

[66]) Dagegen heisst es in der modernen Jurisprudenz: Das objective Recht, auf welchem das Eigenthum beruht, ist die Gewohnheit der Gemeinschaftsgenossen, alle Handlungen zu unterdrücken, welche die wirthschaftliche Einwirkung des Eigenthümers auf seine Sache schmälern könnten. Frenzel, Recht und Rechtssätze, 1892, S. 79.

§ 8.

Im römischen Rechte heisst es: aut enim re contrahitur obligatio (ex contractu) aut verbis aut litteris aut consensu[67]); in erster Reihe kommen also die Realcontracte, die auf Grund einer Vorleistung klagbar sind[68]). Der wichtigste Realcontract ist das Darlehen; die älteste Form desselben in Rom[69]) mit der Strenge der Schuldknechtschaft kam nie bei den Juden vor; nur die spätere Form desselben, das sogen. mutuum kann mit dem talmudischen Darlehen verglichen werden, bei welchem mildes Vorgehen vorgeschrieben war[70]); wenn „die Schuldgesetzgebung das Interesse des Gläubigers, das Wuchergesetz jenes des Schuldners vertritt"[71]) — so neigte im Talmud die Wagschale sicher zu Gunsten des letzteren. Ebenso wie in Rom enthielt es die Pflicht der Rückgabe in gleicher Quantität und Qualität; mehr zu nehmen[72]) war ebenso dem Gläubiger verboten, wie dem Schuldner, mehr zu geben[73]), sogar wie überhaupt die Zeugenschaft oder Intervention in einem solchen Falle[74]); es war dieses das absolute Zinsenverbot im Geschäftsverkehre mit einem anderen Juden; die nicht vollständige Bezahlung konnte schon fast gar nicht als

---

[67]) Gaj. III, § 89.

[68]) Sohm a. a. O. S. 273.

[69]) Ebenso nach birmanischen Rechte, Kohler in Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. III S. 200; ebenso noch heute bei den Kalmücken, Koehne in Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. IX S. 469; auch der Sohn konnte mit zur Abdienung herangezogen werden in Dekkan, Kohler in Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. VIII S. 120—128, ja sogar die ganze Familie zur Knechtschaft gezwungen werden, Kohler, Ueber kandisches Recht in Rechtsvergleichenden Studien S. 237.

[70]) Verbot 234 aus II. Moses XXII, 24, in der Reihe von Anfang der Thora 67.

[71]) Deutsches Staatswörterbuch Bd. VI S. 37.

[72]) Verbot 235 aus III. Moses XXV, 37; entsprechend 343.

[73]) Verbot 236 aus V. Moses XXIII, 20, entsprechend 572. Baba Mezia 61, 1, 2; 75, 2.

[74]) Verbot 237 aus II. Moses XXII, 24. entsprechend 68, vgl. Anm. 62.

Erfüllung der Verpflichtung gelten, weil dann der Rest religiös nicht im mindesten eine kleinere Schuld als die ganze frühere Summe war. Aber, ausdrücklich muss es hier hervorgehoben werden, weder in der Thora, noch in der Tradition, wird die Zahlung als ein directes Gebot[75]) bezeichnet; das war eben so selbstverständlich, es war begriffsmässig im Eigenthumsrechte des Gläubigers so einfach begründet, dass die Nichtbezahlung dessen Vermögen, mithin Eigenthumsrechte von ihm verletzt, dass die Construction einer directen Obligation talmudisch als überflüssig erschien; zu leihen mit der Absicht, nicht zu bezahlen, war besonders verpönt[76]); zu verleihen ohne entsprechende rechtliche Feststellung der Handlung war untersagt[77]), aber das Darlehen allein ist als Geschäftsobligation im Talmud keine selbständige Institution. Der nächste Realcontract entsteht aus dem Leihvertrage, ebenso wie der Hinterlegungsvertrag einen solchen schafft; die einfache Rückgabe wird im Talmud ebenfalls nicht erst erörtert; nur die durch ein Verschulden nicht erfolgte Rückzahlung wird als Delictsobligation unter 6 respective 5 zwischen diesen aufgezählt, wobei die Vorgabe des Diebstahls als ein Diebstahl des Depositars gilt und als solcher mit der Doppelentschädigung[78]) bestraft wird, ein Beweis mehr, wie weit das Eigenthum, sogar in fremdem Besitze, als fictiv im Besitze des Eigenthümers betrachtet wird. Endlich ist auch der Faustpfandcontract, inwiefern der Gläubiger dem Schuldner das Pfand nach Zahlung der Schuld zurückzugeben verpflichtet ist, talmudisch keine directe Obliga-

[75]) Dieses erfolgte erst später, und zwar wurde es als eine religiös gebotene Handlung bezeichnet, die Schuld zu bezahlen; als solche erlangte es auch bestimmte Formen; Arachin 22, 1; Kethuboth 86, 1; Baba Basra 174, 1; inwieweit dieses zur Anwendung kommt, wird in den speciellen Theilen des Näheren erklärt werden.

[76]) Aus Psalmen XXXVII, 21; Maimonides XIII. B., III. Gs., Cap. 1, § 3.

[77]) Baba Mezia 75, 2; Maimonides XIII. B., III. Gs., Cap. 2, § 7.

[78]) Baba Kamma 108, 2; 63, 2; Schebuoth 49, 1; sogar die vier- und fünffache Strafe nach Art 15 der Delictsobligationen. Baba Kamma 62, 2; 63, 2; 106, 2.

tion, weil auch solches wie bei den früheren selbstverständlich ist; dagegen giebt es hier eine andere Verpflichtung, die ein Gebot[79]) und entsprechend vice versa ein Verbot ist, nämlich: dem armen Schuldner das Pfand im Bedarfsfalle auszufolgen, respective nicht vorzuenthalten. Auch beim pignus, wo ausdrücklich[80]) dieses in das Eigenthum des Gläubigers überging, wird ebenso wie beim Darlehen, wo das Geld ganz in den Besitz und Eigenthum des Schuldners übergeht, sogar bei diesen, wo es auf der Hand lag, eine directe Obligation zur Restituirung aus dem Eigenthum des Einen ins Eigenthum eines Anderen zu construiren, blieb der Talmud seinem Grundsatze treu und schuf bei ihnen keine selbständige Verpflichtung. Denn ebenso wie die Fiction bei einem Eigenthume in fremdem Besitze das Delict erst im Momente der nicht erfolgten Rückgabe erblickt, ebenso wird das Vermögen des Schuldners beim pignus, jenes des Gläubigers beim Darlehen nicht durch den früheren Uebergang in das andere Eigenthum, sondern erst durch die ausbleibende Rückgabe beschädigt und dazu zur Verhütung von Eigenthumsnachtheilen ist im Sachenrechte Vorsorge getroffen worden.

§ 9.

In weiterer Folge werden im römischen Rechte die Innominalverträge bald zu den Realcontracten gezählt[81]) oder als eine selbständige Erweiterung derselben betrachtet[82]), jedenfalls wird aber darin der Contract erblickt, dass wenn bei den Formen do ut des, do ut facias, facio ut facias und facio ut des, die erste Handlung bereits erfolgt ist, die andere eine Verpflichtung für die Zukunft ex re enthält. Gemäss dieser

[79]) Gebot 199 aus V. Moses XXIV, 13, das Verbot 240; daselbst 12; entsprechend 587, 586.

[80]) Pesachim 31, 2; Baba Mezia 82, 1; Schebuoth 44, 1; Gitin 37, 1; Kiduschin 8, 2.

[81]) Sohm a. a. O. S. 275; Baron a. a. O. S. 333.

[82]) Salkowski, Institutionen S. 296; Puchta, Cursus der Institutionen III S. 81.

Auffassung ist auch der Tausch eine Obligation; im Talmud dagegen kommt auch der Tausch vor, dort ist er aber auf keine Weise eine Verpflichtungsart, sondern — eine Erwerbsform [83]). Diese besteht aus folgenden zwei Arten [84]): 1. aus Chelupin und 2. aus Kinjon; ersteres bedeutet so viel wie Tausch, letzteres heisst Erwerb schlechthin, weil es talmudisch die juridisch stärkste Erwerbsart enthält. Von dem Grundsatze ausgehend, dass der Besitz kein unerlässlicher Bestandtheil des Eigenthumes sei, stellt der Talmud den Grundsatz auf, dass bei einem Tausche durch den Erwerb der einen Sache seitens einer Partei gleichzeitig in demselben Momente, ipso facto, die andere Partei die andere Sache erwirbt [85]). Die erste Sache ist vom Standpunkte des juridischen Erwerbes das Mittel, die andere Sache der Zweck des Tausches, und dieser wird perfect ohne Rücksicht auf einen Werthunterschied der getauschten Sachen, auf die Weise, dass vom Momente des Tausches die andere Sache im Besitze der ersten Partei auf Risico und Gefahr der andern Partei weiter verbleibt [86]); die effective Uebergabe, entsprechend die Verzögerung oder Nichteinhaltung derselben, hat mit dem früheren Tausche nichts mehr gemein, sie ist einfach eine Rückgabe eines Eigenthumes vom Besitzer an den Eigenthümer. Als Mittel darf ausser Früchten [87]) auch das Geld nicht angewendet werden [88]), auch kann das

[83]) Ausserdem kommt noch der Tausch als Handel vor, indem eine Sache, z. B. Reis in Indien, als Geld hingegeben ward, Kohler in Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. VIII S. 464; der Tausch von Menschen, Sesam und Reis war deshalb als solcher den Brahamanen verboten, Leist, Altarisches ius gentium S. 453; überhaupt „ist aller Handel ursprünglich ein Tauschhandel", Handwörterbuch der Staatswissenschaften IV S. 330.

[84]) קנְיין. חלופין.

[85]) Baba Mezia 44, 1; 46, 2; Kiduschin 28, 1.

[86]) Baba Mezia 47, 1.

[87]) Baba Mezia 45, 2; Maimonides XII. Buch, I. Gs., Cap. 6, § 1.

[88]) Baba Mezia 45, 2; 46, 1; 47, 1.

Geld als Zweck nicht auf diese Weise erworben werden[89]); das Geld aber nur insofern, als es in national-ökonomischer Beziehung als solches gilt, denn, meint ausdrücklich[90]) der Talmud, dieses hat nur durch seine ihm von der Regierung verliehene Form einen Werth, dieser Werth ist ein relativer, die Tauschform soll nur für effective Werthe geschaffen sein. Diese Tauschform gilt aber nur für Mobilien unter einander[91]), wobei auch das lebendige Inventar als Mobilien betrachtet wird[92]); bei diesem erfolgt der Erwerb, wie gesagt, ipso facto, die betreffende Person mag dabei unwillkürlich gehandelt haben, die Handlung des Einen verschafft dem Anderen das Eigenthumsrecht. Die zweite Art des Tausches, die eigentliche Erwerbsform, hat ihre Basis in einem Bibeltexte[93]), wo der Schuh als ein Erwerbsmittel angegeben ist; die Begründung des Erwerbes geht dahin, dass durch den Empfang eines, wenn auch minimalen[94]) Gegenstandes, der übertragenden Person ein Vergnügen bereitet wurde und in Vergütung desselben überträgt diese mit voller Willens- und Rechtskraft ihr Eigenthum dem Geber der Sache[95]). Als Mittel sind ausgeschlossen, ebenso wie beim Tausche, Geld, Früchte und Gegenstände, deren Nutzanwendung religiös verboten ist[96]), als Zweck kann erworben werden alles nur Erwerbsfähige überhaupt, also auch Immobilien, Sklaven[97]), ausgenommen wirkliches Geld[98]); denn diese Erwerbsart ist talmudisch die rechtlich am meisten zulässige. Als gebräuchlich in dieser Beziehung wurde der Zipfel

---

[89]) Baba Mezia 46, 1; Baba Basra 149, 1.

[90]) Baba Mezia 45, 2; Raschi-Commentar daselbst Mitte.

[91]) Baba Mezia 44, 1. Nach einer Ansicht auch Immobilien. Karo Choschen Mischpat 203, § 10.

[92]) Baba Mezia 47, 1.

[93]) Ruth IV, 7.

[94]) Baba Mezia 47, 1; Kiduschin 13, 1; Maimonides XIII. B., I. Gs., Cap. 5, § 6.

[95]) Baba Mezia 47, 1.

[96]) Baba Mezia 47, 1, 2.

[97]) Kiduschin 22, 2.

[98]) Baba Mezia 46, 1. Vgl. Anm. 88, 89.

des Mantels in der talmudischen Zeit angewendet[99]) und dieses gilt sogar, wenn der Mantelzipfel durch eine donatio sub modo[100]) dem Uebergeber geschenkt wird, sogar wenn diese Bedingung die sofortige Rückgabe desselben enthält[101]). Hier soll in der Regel die erwerbende Person der übertragenden Person sagen, dass sie diesen Zipfel an Stelle des Gegenstandes erwerben möge[102]), dieses wird aber auch silentio vorausgesetzt[103]), da ein solcher Kinjon allgemein als wichtige und verbreitete Erwerbsart bekannt ist. Aber auch der Kinjon ist nur in der Tauschform do ut des möglich, d. h. talmudisch: „ich gebe dir eine Sache, damit du mir sogleich deine Sache zum Eigenthume überträgst", obwohl dieser zweite Gegenstand, noch im Besitze der angesprochenen Person, weit vom Orte der Tauschhandlung ist; aber dieser Gegenstand muss schon gegenwärtig im effectiven Besitze der Person sein, eine res futura kann nicht übertragen werden[104])[104a]). Eine Handlung in der Zukunft; do ut facias, und jede versprochene Handlung ist im Momente des Versprechens logischer Weise noch nicht erfüllt, kann schon gar nicht durch Kinjon erworben werden, wie der Talmud sagt, „es ist ein Erwerb von gesprochenen Worten" [105]). Die

---

[99]) Kiduschin 3, 1; Baba Mezia 7, 1, Raschi-Commentar unten.

[100]) Erwerbssymbol (?!) nennt es Auerbach, Jüdisches Obligationenrecht, in einer besonderen Unterabtheilung dieser Arbeit I S. 227, 228.

[101]) Was sogar als Regel vorausgesetzt wird; Nedarim 48, 1; Kiduschin 6, 2 u. s. w. Vgl. III. Schenkungen Anm. 92, 120; in Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. XIV S. 110 entsprechend 113.

[102]) Maimonides XIII. B., I. Gs., Cap. 5, § 6; Karo, Choschen Mischpat 195, § 1.

[103]) Rema in Choschen Mischpat 195, § 1, aus Nedarim 48, 1.

[104]) Jebamoth 93, 1; Kiduschin 12, 2; Maimonides XII. B., I. Gs., Cap. XXII, §§ 1, 5; Karo, Choschen Mischpat 209, § 4; 211, § 1.

[104a]) Aehnliche Beschränkungen kennt das Islamrecht, Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. XII S. 36 f. u. a. Kohler. Vgl. Anm. 106a.

[105]) Baba Basra 3, 2; Maimonides a. a. O. Cap. 5, § 14; Karo a. a. O. 157, § 2; 203, § 1; 243, § 10.

anderen Formen des facio sind schon darum unmöglich, weil als Mittel kein Gegenstand tradirt wird [106] [106a]); auch in seiner zulässigen Form ist der Tausch also keine Obligation, sondern eine Erwerbsart eines noch beim früheren Besitzer momentan weiter verbleibenden Objectes.

§ 10.

In zweiter Reihe haben wir beim römischen Contracte den Verbalcontract, welcher in formeller Beziehung verbis eine Verpflichtung entstehen lässt; mit demselben werden bald zusammen die verschiedenen Arten der Bürgschaft behandelt[107]) oder aber auch ganz gesondert einer Abtheilung über Uebertragung von Forderungen und Uebernahme von Schulden zugewiesen, wo überhaupt eine dritte Person in das Verpflichtungsverhältniss hineingreift[108]). Die Stipulation: spondesne? spondeo, insoferne im Geringsten bei derselben die religiöse Form des Versprechens massgebend ist, muss den religiösen Obligationen talmudisch zugezählt werden; hier wird nur von der Stipulation im Sinne der Verordnung Leo's I. die Rede sein, welche eine materielle und schon nicht mehr formelle Congruenz der Frage und Antwort erfordert[109]) und auf diese Weise eine privatrechtliche Verpflichtung entstehen lässt. Auch diese erforderte aber noch immer logischer Weise eine dreifache Einheit der Handlung: 1. in Bezug auf Inhalt, wenn auch nicht mehr der Form, 2. auf Zeit, denn die Antwort musste sogleich erfolgen, 3. auf Ort, denn beide

---

[106]) Baba Mezia 47, 1; Maimonides a. a. O. Cap. 5, § 6; Karo a. a. O. 195, § 1.

[106a]) Ebenso im islamitischen Rechte, wo der Verkauf einer „Sache, die in Bezug auf das Haben unbestimmt ist", unzulässig ist. Kohler in Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. VI S. 238.

[107]) Sohm a. a. O. S. 278—286; Salkowski a. a O. S. 267—275.

[108]) Puchta a. a. O. III S. 27—53; Baron a. a. O. S. 414—433.

[109]) Salkowski a. a. O. S. 267.

Parteien mussten zusammen anwesend sein[110]). Von diesen Momenten ausgehend finden wir auch im talmudischen Rechte formelle Handlungen, die eine Verpflichtung des sogen. Schuldners erzeugen; selbstverständlich im talmudischen Sinne, d. h. durch dieselben wird durch einen formellen Act dasselbe, wie im vorigen Capitel durch den Tausch, „re“ Kinjon, erreicht, nämlich: dass Objecte oder eine Geldsumme, die noch weiter im Besitze des sogen. Schuldners sind, als Eigenthum des sogen. Gläubigers rechtlich zu gelten haben. Entsprechend der römischen Eintheilung der formellen Obligationen in Verbal- und Literalcontracte, kann auch bei den talmudischen Verpflichtungen eine solche Theilung vorgenommen werden, wobei aber immer der Hauptunterschied zum römischen Rechte hervorgehoben werden muss, dass im Talmud diese Verpflichtungen nicht aus dem Contracte entstehen, da der Consensus des sogen. Gläubigers ganz und gar irrelevant ist; man geht eben hier von einem Standpunkte des Eigenthums aus, wo hauptsächlich der Wille des bisherigen Eigenthümers, der jetzt so zu sagen Schuldner wird, berücksichtigt werden muss. Denn der Talmud glaubt in der Handlung des sogen. Schuldners eine Schenkung, donatio, voraussetzen zu müssen[111]), oder wenigstens die Novation einer früheren nicht-formellen, also auch nicht-verbindlichen Schuld[112]), de facto also auch eine Art Schenkung, und donatio ist eine Form der Eigenthumsübertragung[113]). Die Formel be-

---

[110]) Mayer, Die Rechte der Israeliten, Athener und Römer II. Buch, S. 210, welcher die Stipulatio für eine eigene römisch-nationale Form erklärt.

[111]) Maimonides XII. B., I. Gs., Cap. 11, § 15; Rema in Choschen Mischpat 205, § 11. Sifthe Kohen zu Choschen Mischpat 40, §1, Nr. 40; folgt auch aus Tosafoth, Baba Basra 44, 2, unten; 149, 1, oben.

[112]) Aus Kethuboth 101, 2; Tur und Sifthe Kohen 40, Ersterer § 2, Letzterer § 1, Nr. 1.

[113]) Freilich auch diese ist zuweilen ein Contract und verpflichtet den Empfänger zu einer Gegengabe, wodurch die donatio erst gültig wird; aber dies gilt nur bei den Tlinkit-Indianern. Krause, Tlinkit-Indianer 168, 312. Es gilt bei fast allen Naturvölkern. Kohler.

steht darin, dass der sogen. Schuldner erklärt, einer Person schuldig zu sein[114]) einen gewissen Betrag oder ein Object überhaupt; in der Art und Weise, wie dieses geschieht, ob mündlich oder schriftlich, liegt dann der Unterschied zwischen verbis und literis. Bei der mündlichen Art, die nur in Gegenwart zweier Zeugen möglich ist, muss eine ausdrückliche Rogirung[115]) der Zeugen seitens des sogen. Schuldners, oder auch seitens des sogen. Gläubigers und schweigender acceptatio des sogen. Schuldners[116]) stattgefunden haben, oder eine solche Redensart vorgekommen sein, die zweifellos das Geständniss einer Schuld enthielt[117]). Der Kinjon bewirkt auch bei derselben eine verstärkte Rechtsverbindlichkeit; im Sinne der allgemeinen im vorigen Capitel beschriebenen Auffassung des Talmuds entsteht dann die höchste juridische Rechtspflicht[118]); auch die cautio, die schriftliche Aufnahme der geschehenen juridischen Handlungen kommt vor[119]). Die Anwesenheit des Gläubigers ist nicht immer erforderlich, die Anfangs erwähnte Einheit der Handlung ist nur für den sogen. Schuldner und die Zeugen rechtlich nothwendig; aber auch die Anwesenheit des Gläubigers bewirkt zuweilen rechtliche Folgen, weil dadurch, hauptsächlich durch dessen Fragestellung, eher eine effective Geständnissform erzielt wird[120]). Ausserdem hat solches noch eine Wirkung auf die eventuellen Einreden bei mangelhafter Einhaltung der angegebenen Formeln; der sogen. Schuldner kann nämlich einwenden, dass er mit seinem Geständnisse nur den sogen. Gläubiger auslachen wollte[121]) oder dass er damit, durch

---

[114]) Baba Basra 149, 1; 40, 1, wobei auch das Geständniss falsch sein mag Tosafoth Baba Basra 44, 2 unten; 119, 1 oben; vgl. Anm. 111.

[115]) Sanhedrin 29, 1. [116]) Sanhedrin 29, 2.

[117]) Baba Basra 149, 1; Maimonides XIII. B., IV. Gs., Cap. 7, § 1.

[118]) Sanhedrin 29, 2; Karo a. a. O. 39, §§ 3, 14.

[119]) Rema in Choschen Mischpat 39, § 6; folgt aus Sanhedrin 29, 2 unten.

[120]) Karo, Schulchan Aruch, Choschen Mischpat 81, § 4 erste Ansicht; Sifthe Kohen daselbst § 14, Nr. 34 und § 22, Nr. 55.

[121]) Sanhedrin 29, 1; Maimonides XIII. B., IV. Gs., Cap. 6, § 6.

Vorgeben von Schulden, den Schein des Reichthums von sich abwälzen[122]) wollte; letzteres ist nun nur bei einem unaufgeforderten Geständnisse zulässig[123]), die erste aber wieder nur dann, wenn dieses als Antwort auf die Frage des sogen. Gläubigers, also in dessen Anwesenheit erfolgt war[124]).

§ 11.

In dritter Reihe kommt bei den römischen Contractsobligationen der Literalcontract; die Verpflichtung aus demselben muss die blosse Eintragung allein, die expensilatio, im Hausbuche des Vermögensstandes, dem codex accepti et expensi veranlassen; ebenso sollte die Löschung, die acceptilatio allein, diese obligatio aufheben, der factische Thatbestand war gleichgültig, seine Hervorhebung schwächte noch die Rechtswirkung ex literis ab[125]). Auch der Talmud kennt eine solche Auffassung einer Obligationsverbindlichkeit, wo aber literis nur eine Beweiserhärtung für einen Thatbestand erbracht wird; als Rechtswirkung soll dann eine effective Bezahlung der im Hausbuche vorgefundenen Eintragung folgen. Wenn nämlich Jemand einem Händler Ordre gegeben hat, auf seine Rechnung seine Verpflichtungen, so z. B. gegen Arbeiter zu bezahlen und zwischen dem Händler und den betreffenden Arbeitern ein Widerspruch ob Empfang des Geldes entsteht, so haben beide gegen die erstere Person eine Forderung auf volle Bezahlung, der Arbeiter in Folge seines Rechtstitels, der Händler aber unter Berufung auf die in seinem Hausbuche gemachte Eintragung[126]), welche als Er-

---

[122]) Sanhedrin 29, 2; Baba Basra 174, 1, 2. Vgl. III. Schenkungen Anm. 253 in Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. XIV S. 132.

[123]) Sanhedrin 29, 1; Raschi-Commentar, Mitte; Tur und Karo 81, Ersterer § 22, Letzterer § 5.

[124]) Sanhedrin 29, 2 Mitte; Tur und Karo a. a. O., Ersterer § 22, Letzterer § 16.

[125]) Sohm a. a. O. S. 287—289.

[126]) Schebuoth 44, 2; Raschi-Commentar daselbst unten, wie auch 47, 2 bei oben.

härtung des erfolgten Thatbestandes gilt; zu letzterem Zwecke müssen auch die Beiden einen schwereren Eid leisten[127]). Die Aehnlichkeit ist juridisch nur gering, denn in der Hauptsache, in dem selbständigen Entstehen einer Verpflichtung nur ex literis allein unterscheiden sich beide Rechte, — anders ist dieses aber bei dem schon im vorigen Capitel erwähnten Geständnisse einer Schuld, wo durch die schriftliche Form desselben ganz selbständig eine Verpflichtung entsteht[128]), also ex literis allein im römischen Sinne die obligatio entspringt, selbstverständlich mit der oben erwähnten Umformung nach der allgemeinen talmudischen Auffassung. Dieses gleicht mehr dem modernen Wechselrechte, dem neuen Litteralcontracte[129]) und ist auch die älteste Form desselben, da es schon hier eine Norm giebt, dass bei Einhaltung sämmtlicher Formalitäten ein Schuldschein ausgestellt für den Ueberbringer ganz zulässig ist[130]), wobei schon logischer Weise der Ueberbringer nicht erst denselben vom wirklichen Gläubiger rechtlich nach sämmtlichen Vorschriften erworben haben muss, sogar wenn es einen solchen effectiven Gläubiger überhaupt jemals gegeben hat. Denn auch das letzte eben, das wirkliche Verleihen des Geldes, ist für die Vollgültigkeit des Schuldscheines nach dem talmudischen Rechte nicht erforderlich[131]); es giebt zwei Formen dieser Schuldscheine, bei denen noch zweierlei Wirkungen für den Executionsfall vorkommen.

---

[127]) Schebuoth 45, 1; 47, 2.

[128]) Baba Basra 167, 1; 175, 2; Kethuboth 21, 1; Maimonides macht zwischen diesem und einem Darlehen gar keinen Unterschied, XIII. B., III. Gs., Cap. 9, § 1. Karo a. a. O. 39, 1.

[129]) Wie ihn nennt Mayer a. a. O. II S. 214.

[130]) Baba Basra 172, 1, 2; Karo in Schulchan Aruch, Choschen Mischpat 61, §§ 4, 10 setzt hier in erklärlicher Weise eine allgemeine Obligation voraus. Auerbach, Jüdisches Obligationenrecht I S. 270 N. 1, welches ganze Werk in seinen vorliegenden Theilen fast nur Wechselrecht allein behandelt, von S. 199—516.

[131]) Maimonides XII. B., I. Gs., Cap. 11, § 15; Karo a. a. O. 40 § 1.

Praeterea, heisst es im römischen Rechte[132]), literarum obligatio fieri videtur chirographis et syngraphis, id est, si quis debere se, aut daturum se scribat, ita scilicet, si eo nomine stipulatio non fiat, quod genus obligationis proprium peregrinorum est; dieses erschöpft auch die Definition der talmudischen Schuldscheine dieser Art, wobei die Chirographe durch ein Handschreiben des sogen. Schuldners allein[133]), die Syngraphe durch Niederschreiben seitens der Zeugen entsteht, die aber nur auf ausdrücklichen Befehl des sogen. Schuldners erfolgen darf[134]). Die Rechtswirkungen sind bei der Chirographe nur in der Art wie bei der mündlichen Schuld zulässig, für welche nur sein vorhandenes Privatvermögen haftet[135]), ausser wenn diese vor Zeugen dem sogen. Gläubiger übergeben ward, oder wenn auf derselben dann die Zeugen zur Zeugenschaft gezeichnet haben, in welchen Fällen für den Schuldschein auch alle jemals dem Schuldner nach der Ausstellung angehörten Immobilien haftbar sind[136]),[136a]). Bei der Syngraphe liegen die Verhältnisse noch ungünstiger für den sogenannten Schuldner, da eine Schuld mit der beschränkten Haftpflicht schon aus der Anwesenheit der Zeugen allein, ohne Syngraphe, entstehen konnte, wie es im vorigen Capitel näher erklärt wurde[137]); der Befehl zur Niederschreibung verstärkt dann die Rechtsfolgen, indem jene der zweiten Art für den Schuldschein entstehen[138]). Ebenso ist der Fall mit dem oben er-

---

[132]) Inst. III, 134.

[133]) Vgl. Anm. 128.

[134]) Baba Basra 40, 1; es wird aber derselbe bei jeder Syngraphe vorausgesetzt; Sanhedrin 29, 2.

[135]) Baba Basra 167, 2; 175, 2; Kethuboth 21, 2.

[136]) Kethuboth 94, 2; Gitin 11, 1; 86, 2; Maimonides XIII. B., III. Gs., Cap. 11, § 2; Karo a. a. O. 40, § 2.

[136a]) Anderseits kommen sogen. Heimstätten vor, die niemals für Schulden haften. Handwörterbuch der Staatswissenschaft IV S. 449.

[137]) Dieses ist eben rechtlich gleichwerthig mit der einfachen Chirographe. Maimonides XII. B., I. Gs., Cap. 11, § 15; Karo a. a. O. 40, § 1.

[138]) Maimonides XIII. B., III. Gs., Cap. 11, § 1. Dieser soll sogar

wähnten Kinjon, die Vornahme desselben auch ohne Rogirung der Zeugen berechtigt diese zur Ausstellung der Syngraphe mit den strengsten Rechtswirkungen [139]). Ebenso berechtigt das Geständniss vor einem an seinem bestimmten Orte versammelten Richtercollegium die Richter zur Ausstellung einer Syngraphe, vorausgesetzt, dass der sogen. Schuldner auf Aufforderung des sogen. Gläubigers vorschriftsmässig erschienen ist [140]). Aber auch ein Geständniss vor zwei Zeugen kann alsogleich ohne weitere Formalitäten in eine Syngraphe umgewandelt werden, wenn diese Immobilien betrifft, da die Benachtheiligung Dritter dann ausgeschlossen ist [141]); es entsteht also direct literis oder durch die Verbindung von verbis et literis ohne eine reale Thatsache die höchste Verbindlichkeit des talmudischen Rechtes, welche sogar alle späteren Rechtshandlungen in Immobilien annullirt, wenn solche der Verpflichtung verbis oder literis zuwider laufen sollten.

§ 12.

Die vierte und letzte Art der Contractsobligationen ist der Consensualcontract, wo nach römischem Civilrechte ausnahmsweise der blosse obligatorische Consens klagbar ist, denn hier gilt der Satz: consensu trahitur [142]); dass diese Obligationsart nach talmudischem Rechte ganz ausgeschlossen ist, ist aus den obigen Ausführungen 'deutlich zu entnehmen, hier sollen nur die einzelnen Consensualcontracte des römischen Rechtes deshalb behandelt werden, damit die talmudische Auffassung über dieselben des Näheren erklärt werde. Der erste Contract dieser Art ist der Kauf, welcher nach römischem Rechte in

---

gelten mit der Verbindlichkeit des Kinjons, obwohl ein solcher factisch nicht stattgefunden hat. Rema in Choschen Mischpat 207, § 15.

[139]) Baba Basra 4, 1; Sanhedrin 29, 2; eine noch verstärktere Wirkung findet sich bei Karo a. a. O. 39, § 14.

[140]) Sanhedrin 29, 2.

[141]) Sanhedrin 29, 2.

[142]) Sohm a. a. O. S. 290.

dem Moment rechtskräftig ist, in welchem beide Theile über Waare und Preis sich geeinigt haben, durch Justinianische Verordnung konnten beim Geben eines Angeldes die Parteien bis zur schriftlichen Abfassung gegen Verlust des Angeldes oder dessen Gegenwerth vom Geschäfte zurücktreten[143]. Nach dem talmudischen Rechte aber konnte sogar nach der Auszahlung des vollen Kaufpreises vor dem rechtlichen Erwerbe der Waare jede der Parteien vom Geschäfte zurücktreten[144] [144a] und hat in keiner Beziehung einen materiellen Schaden zu leiden, wohl aber einen religiösen, denn sie musste sich die religiöse Verfluchung des Mi-Schepara gefallen lassen[145]; da diese letztere publice auf die nachfolgende Weise geschah, so „war schon der religiöse Blick in die Zukunft die individuelle Selbstregulirung in (solchen) Fällen, wo die sociale ihre Dienste versagt“ [146]. Diese Verfluchung bestand darin, dass in Gegenwart der Parteien das Richtercollegium, respective der Vorsitzende unter Beziehung auf den vorliegenden Fall folgende Formel aussprach: „Wer Vergeltung übte an der Generation der Sündfluth, an jener die sich abtheilen wollten[147] an Sodom und Gomorrha, an den Egyptern, die im Meere versanken, der soll vergelten an demjenigen, der nicht feststeht in seinem Worte[148]“ und erst später ward der Kaufpreis retournirt[149]. Die Wirkung eines solchen Fluches auf ein religiöses Gemüth ist zwar enorm, aber sie blieb immer nur eine religiöse und keine rechtliche. Aber sogar dieser Fluch durfte nur bei be-

---

[143]) Puchta a. a. O. III S. 91.

[144]) Baba Mezia 44, 1; Gitin 30, 1.

[144a]) Also ein Contractus minus quam perfectus, wie sonst im Recht der Völker; vgl. Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. III S. 207 u. a. Kohler.

[145]) Baba Mezia 48, 2; Maimonides XII. B., I. Gs., Cap. 7, § 1.

[146]) Ihering, Der Zweck im Recht I S. 136.

[147]) Gemäss I. Moses X, 25.

[148]) Baba Mezia 48, 1; 49, 1; 74, 2; Tosefta daselbst III. Vgl. III. Schenkungen Anm. 23 in Zeitschr. für vergl. Rechtsw. S. 100.

[149]) Vgl. Text zwischen Anm. 155 u. 156.

stimmten Prämissen vorgenommen werden, der römische Consensualcontract des Kaufes allein genügte auch für diesen noch nicht[150]); sogar die Uebergabe eines Pfandes zur Sicherstellung des vereinbarten Kaufpreises war noch kein Grund zur Vornahme dieses Fluches[151]); jedoch ward derjenige, der sein Wort nicht einhielt, als ein Mensch ohne Zutrauen erklärt, an welchem der Geist der Weisen keinen Gefallen hat[152]), zum Unterschiede vom Missbrauche des Mandats für seine eigene Person, wo der Mandatar in den Kreis der Betrüger eingereiht wird[153]). Denn sowohl die Waare, wie der Preis mussten jeder besonders rechtmässig erworben werden[154]), der Erwerb des Einen begründete nicht wie bei dem Tausche den Erwerb des Anderen für die Gegenpartei, weil der Preis aus Geld bestand, welches vom Tausche ausgeschlossen ist[155]); das übergebene Geld war im Rücktrittsfalle ein Depot des Käufers beim Verkäufer, wenn Ersterer zurückgetreten war, im entgegengesetzten Falle oblag dem Verkäufer die höhere Verantwortlichkeit des Depots bis zur Durchführung des ebenerwähnten Fluches[156]). Aber auch wenn casu nach Empfang des Geldes vor dem Erwerbe die Waare untergegangen ist, oder beschädigt wurde, ist der Verkäufer zur Rückgabe des Geldes verpflichtet, der Kauf ist eben noch nicht perfect gewesen[157]) [157a]), ebenso ist, bei successiver Zahlung des Preises, trotz des vorgenommenen

---

150) Er galt dann als blosses Gerede aus Baba Mezia 49, 1; sogar bei Rogirung von Zeugen, Maimonides XII. B., II. Gs., 1. Cap., § 1; Karo a. a. O. 189, § 1.

151) Kiduschin 8, 2; Maimonides XII. B., I. Gs., Cap. 7, § 5; Karo a. a. O. 204, § 1.

152) Baba Mezia 49, 2; Maimonides XII. B., I. Gs., Cap. 7, § 8.

153) Kiduschin 59, 2; Tosefta Jebamoth IV.

154) Maimonides XII. B., I. Ges., Cap. 1, § 2; Karo a. a. O. 189, § 1.

155) Vgl. Anm. 88, 96.

156) Maimonides XII. B., I. Gs., Cap. 7, § 3; Karo a. a. O. 198, § 15.

157) Maimonides XII. B., I. Gs., Cap. 3, § 6.

157a) Im directen Gegensatze zum Rechte in Dekkan. Kohler in Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. VIII S. 128.

Erwerbactes, wenn der Verkäufer fortwährend den Restbetrag fordert, der Kauf nicht perfect, der Verkäufer und der Käufer können immer zurücktreten, die Gegenpartei aber kann diesen Rücktritt nur für die Höhe des Restbetrages[158]) beschränken, wobei es keinen Unterschied zwischen Mobilien und Immobilien giebt[159]). Auch kann sogar nach durchgeführtem beiderseitigen Erwerbe noch immer der Kauf aufgehoben werden aus Gründen des rem habere licere praestare; in Rom hatte eben im Falle der Ansprüche eines Fremden an den verkauften Gegenstand der Käufer die actio empti auf das Interesse, welches durch stipulatio duplae oder zuweilen, z. B. bei der Mancipation, ipso iure auf das Doppelte des Preises sich belief[160]), nach dem talmudischen Rechte haftete der Verkäufer immer ohne Ausnahme für diesen Fall, aber nur in der Höhe des Schadens, respective des Preises, nicht mehr[161]); wenn aber dieser Fall vor dem Beginne der Nutzungen der gekauften Sache entstanden ist, dann durfte der Käufer vom Kaufe zurücktreten[162]). Der Erwerb der Sache ist unnöthig, wenn die Waare oder das Geld vor dem Kaufe schon im Besitz des Anderen sich befindet, in diesem Falle ist die mündliche Besprechung voll rechtsgültig, wenn dies gegenseitig der Fall ist[163]); der Consensus allein schafft schon hier den rechtlichen Kauf, aber dies zeigt wohl am markantesten, dass der Kauf kein Consensualvertrag ist.

§ 13.

Der zweite übliche Consensualcontract ist die locatio conductio; es giebt eine solche rerum und operarum; bei ersterer ist noch begrifflich ein Unterschied zwischen Mobilien und Im-

[158]) Baba Mezia 77, 2.

[159]) Maimonides XII. B., I. Gs., Cap. 8, § 4.

[160]) Puchta a. a. O. III S. 91, 92.

[161]) Baba Mezia 14, 1; 15, 2; Kethuboth 104, 2; Baba Basra 169, 2.

[162]) Baba Kamma 9, 1; Tosafoth-Commentar oben; Maimonides XII. B., I. Gs., Cap. 19, § 2; Karo 226, § 5.

[163]) Maimonides XII. B., VII. Gs., Cap. 7, § 4.

mobilien möglich, letztere wieder kommt in zwei Arten vor, Dienstmiethe und Werkmiethe[164]). Der Miether hat auch römisch verschiedene Namen: bei Mobilien allgemein conductor, bei Wohnungen colonus, bei Grundstücken inquilinus, wo es sich um eine Sachmiethe handelt; bei der Dienstmiethe wechseln die Benennungen, der Vermiether heisst als Arbeiter conductor operis, als Meister redemtor. Nach talmudischem Rechte kommen hier schon die entsprechenden charakteristischen Unterscheidungen vor; derjenige, welcher für die Miethe einen Preis in Geld zahlt, heisst überall, sowohl bei der Dienst- als auch bei der Sachenmiethe, Socher; bei letzterer aber im Fall von Immobilien Chocher, wenn der Preis eine fixe Menge von Naturalien ist, Mekabel, wenn er eine relative Menge dieses Ertrages zahlt,[165]) [165a]); der Partner heisst bei der Sachmiethe Maskir, bei der Dienstmiethe Sachir, als Arbeiter bei den operae solitae; dagegen Kablan, wenn er die Unternehmung garantirt[166]), in dieser Beziehung ist Umen, der Meister, in höherem Sinne ein Kablan. Als allgemeiner Grundsatz gilt der Talmudsatz: eine Miethe ist ein Verkauf für ihre Zeit[167]), in Folge dessen ist der Consens über den Preis allein unter keiner Bedingung rechtlich verbindend, es müssen die entsprechenden Erwerbsformen des Eigenthumserwerbes jede nach ihrer Art vorgenommen werden[168]). Aus dem Dilemma bei der Dienst-

---

[164]) Vgl. Sohm a. a. O. 292, 293; Puchta a. a. O. III S. 93.

[165]) Demai, sowie auch Tosefta VI; Baba Mezia 103, 2.

[165a]) So z. B. erhält der Eigenthümer auf Ceylon ein Drittel der Ernte als Pacht ausser einer Naturalvergütung für Steuern, Kohler, Rechtsvergleichende Studien S. 229; oder gar die Hälfte der Ernte als Pacht inclusive der Abgaben bei den Chinesen, Kohler, daselbst S. 200—204; ebenso in einer Quote von Früchten in Alt-Indien, Leist, Altarisches ius gentium S. 448.

[166]) Auch je der Zahler eines Preises, der doch die ganze Leistung verlangt, ist im höheren Sinne ein Kablan. Rema in Choschen Mischpat a. a. O. 333 § 4.

[167]) Baba Mezia 56, 1; Maimonides XIII. B., I. Gs., Cap. 7, § 1; Karo a. a. O. 227 § 35; 315, § 2.

[168]) Baba Kamma 79, 1; Baba Mezia 99, 1.

miethe[168a]), wo überhaupt talmudisch keine effective Sache vorliegt, zieht sich der Talmud auf diese Weise, dass er den Beginn der Arbeit als einen rechtsverbindlichen Erwerb erklärt[169]) [169a]), weil dann begrifflich schon etwas für den Socher geleistet wurde. Aber hier giebt es schon gegen den Verkauf mehrere Ausnahmen; es soll schon die mit Zustimmung des Partners erfolgte Aufhebung der custodia, d. h., wenn der Vermiether dann seine Sache nicht mehr zu bewachen braucht, die Miethe perfect[170]) machen. Ebenso ist die Miethe auch bei Immobilien zwischen einem Juden und einem Andersgläubigen durch Bezahlung des Geldpreises perfect[171]); beim Verkaufe ist in einem solchen Falle die Ausstellung einer Verkaufsurkunde ausser der Zahlung erforderlich[172]). Ebenso soll die Bezahlung des Geldpreises allein im Gegensatze zur allgemeinen Regel[173]) das Geschäft perfect abschliessen[174]), zur Begründung dessen heisst es: auch beim Verkaufe würde die Bezahlung das Geschäft abschliessen, aber der Verkäufer würde dann das bei ihm befindliche fremde Gut nicht gut hüten[175]), dieses entfällt bei der Miethe, da es doch weiter sein, des Vermiethers Eigenthum ist. Als Erschwerung beim Erwerbe der Miethe im Vergleiche zum Verkaufe wäre noch anzuführen, dass nach einer Ansicht bei der Miethe kein Kinjon helfen soll[176]), ebenso kann der

---

[168a]) Vgl. Anm. 164.

[169]) Baba Mezia 49, 1; 82, 2.

[169a]) [Ueber den Islam vgl. Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. VI S. 247.]

[170]) Baba Mezia 80, 92; Tur und Karo a. a. O. 307, Ersterer § 1, Letzterer § 2.

[171]) Rema in Choschen Mischpat 194, 1, was aber auch bestritten wird.

[172]) Baba Basra 35, 1; 54, 2.

[173]) Vgl. 90, 96.

[174]) Von Immobilien. Vgl. Anm. 168; Rema in Choschen Mischpat 195, § 9; bei Mobilien Karo, daselbst 198, § 6.

[175]) Baba Mezia 46, 2; 47, 1, 2; Eurubin 81, 2; Chulin 83, 1; Kiduschin 26, 1; 28, 2.

[176]) Tosafoth in Baba Mezia 11, 2 unten; in Arachin 30, 1; in Kiduschin 27, 1; aus Baba Mezia 99, 2; Karo a. a. O. 195, § 9.

Miethpreis, wenn er als ausstehende Geldforderung beim Vermiether sich befindet, nicht als Erwerbsmittel dadurch betrachtet werden, dass man dem Vermiether die Zahlung erlässt und das Geld in seinem Besitze bleibt, denn eine Schuld ist kein Geld in dieser Beziehung[177]). Dieses Alles betrifft hauptsächlich die Entstehung der Sachenmiethe, oder auch die Dienstmiethe von Seiten des Sochers; die verschiedenen Arten der custodia, sowie die Entschädigung bei Verletzung derselben ist talmudisch eine Delictsobligation, die unter Zahl 8 den Schadenersatz in ihr Bereich hineinzieht[178]), dagegen ist bei der Dienstmiethe der Sachir oder der Kablan in der Regel nicht gebunden und kann in der Mitte der Arbeit zurücktreten[179]), ausser wenn dadurch Werthe der Socher absolut verloren gehen würden, weil keine spätere anderweitige Vertretung möglich ist[180]); in diesem Falle kann nur eine vis maior ihn seiner Verpflichtung entheben[181]). Nun giebt es talmudisch noch zwei begleitende Verpflichtungen bei der Dienstmiethe; die erste, dass der Arbeiter von den Objecten der Miethe in natura sein physisches Verlangen nach denselben stillen darf, aber nur bei noch nicht abgerissenen Erdfrüchten, wenn eben ihre Fertigstellung erfolgt[182]); die zweite, dass der Miethpreis, der in der Regel nach Beendigung der Miethe gezahlt wird[183]), dem Taglöhner nicht mehr als 12 Stunden nach geleisteter Arbeit verzögert werden darf; endete die Arbeit bei Tag, so muss die Bezahlung in der folgenden Nacht, endete sie bei Nacht, so muss sie im

---

177) Aus Kiduschin 47, 1; Karo a. a. O. 195, 10.

178) Vgl. Cap. 6. Mitte.

179) Baba Kamma 116, 2; Baba Mezia 10, 1; 77, 1.

180) Baba Mezia 77, 2.

181) Daselbst; die Erklärung der vis major Maimonides XIII. B. I. Gs., Cap. 9, § 4; Karo a. a. O. 333, § 5.

182) Und bei schon abgerissenen Erdfrüchten vor der Fertigstellung. Baba Mezia 87, 2; 93, 1.

183) Im Gegensatze zum indischen Gewohnheitsrechte, wo gewöhnlich im Vorhinein dem Arbeiter gezahlt wird. Kohler in Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. VIII S. 94—100.

folgenden Tage erfolgen[184]), was ebenso beim Kablan der Fall ist nach vollendeter Leistung[185]). Auch kennt der Talmud nicht den römischen Unterschied, in Betreff der durch Kenntnisse gelieferten Kunstleistungen[186]); talmudisch ist auch in diesem Falle, in einem höheren Sinne, von dem Leistenden als Kablan seltener als Sachir die Rede[187]); erst die vollendete Leistung wird bezahlt, nur die effectiv erworbene Miethe ist verbindlich, von einem Consensualvertrage oder einem Contracte überhaupt kann bei der Miethe also im Talmud keine Rede sein; ist ein Werth dem Einen für sein Eigenthum entstanden, so ist mit Ausnahme des Schenkungsfalles auch dem Anderen ein Gegenwerth in seinem Eigenthume erwachsen.

§ 14.

Der dritte Consensualvertrag ist die Societät, bei welcher durch beiderseitige Uebereinstimmung allein eine Contractsobligation entsteht, indem ein jeder nach Massgabe seines Theiles oder seiner Verpflichtung, gebunden ist sämmtliche Verbindlichkeiten aus der Gemeinschaft zu erfüllen. Nach römischem Rechte giebt es eine societas omnium bonorum, diese bringt schon einen Gemeinschaftsvertrag für den zukünftigen Erwerb mit sich, aber auch eine societas quaestus et lucri, die nur auf den letzteren allein gerichtet ist; zwar ist eine societas in aeternum ausgeschlossen, aber nur weil sie durch renunciatio, Tod und venditio bonorum aufgelöst wird; die Gemeinschaft in Folge eines Umstandes, die communio incidens ist nur eine obligatio quasi ex contractu[188]). Nach talmudischem Rechte ist die Begriffsentwickelung der societas

---

[184]) Verbot 238 aus III. Moses XIX, 13, entsprechend 230. Karo a. a. O. 339, § 3.

[185]) Baba Mezia 112, 1.

[186]) Puchta a. a. O. III S. 95.

[187]) Tosafoth in Jebamoth 106, 1, oben; Rema in Choschen Mischpat 264, § 7.

[188]) Puchta a. a. O. III S. 95—97.

ein conträre; die natürlichste societas ist jene in Folge der Erbschaft[189]), ausserdem giebt es andere Umstände, die eine privatrechtliche Gemeinschaft schaffen, und unter ganz bestimmten Voraussetzungen ist auch die Construction einer Gemeinschaft möglich, aber niemals in Folge des consensus allein[190]), weil dieser talmudisch rechtlich werthlos erscheint. Ein Umstand zur Begründung einer Societät kann ausser der Erbschaft noch eintreten: wenn Jemand Einem einen Theil einer Sache abkauft, wenn Mehrere zusammen eine Sache kaufen, oder als res nullius erwerben, wenn sie eine solche geschenkt erhalten[191]), ja sogar ein Baum, der auf der Grenze zweier Grundstücke wächst, schafft eine solche[192]); als privatrechtliche Societät in Folge eines Umstandes gilt auch das Zusammenleben in einer Stadt[193]), ebenso wie ein solches auf einer Reise[194]). In all diesen Fällen haben die Personen in einzelnen Momenten gegen einander Verbindlichkeiten verschiedener Art, die in der Regel nur Folgen dieses Umstandes sind, und in dieser Beziehung giebt es auch eine Verpflichtung jedes socius für seinen Theil; ausserdem bewirkt die solidarische Haftpflicht im Talmud in erster Reihe eine Gemeinschaft in Theilverhältnissen, der in zweiter Reihe eine Haftpflicht für den Rest folgt[195]); dieses kommt vor bei einer gemeinsamen Contrahirung einer Schuld, bei einem gemeinsamen Kaufe, sowie bei einem gemeinsamen Depositum[196]). Obwohl nun

---

[189]) Benennung der Cap. 173, 174, 175, sowie Text des § 9 in Cap. 176 durch Karo in Choschen Mischpat.

[190]) Maimonides XII. B., IV. Gs., Cap. 4, § 1, Anfang; Tur und Karo a. a. O. 176, Ersterer und Letzterer § 1.

[191]) Maimonides XII. B., III. Gs., Cap. 1, § 1; Karo a. a. O. 171, § 1.

[192]) Karo a. a. O. 167, § 2.

[193]) Maimonides XII. B., III. Gs., Cap. 6, § 1; Karo behandelt in der Abtheilung der Bodengemeinschaft solches a. a. O. unter 163.

[194]) Baba Basra 116, 2; Tosefta in Baba Mezia VII und XI.

[195]) Die Societät in dieser Beziehung bildet den Kern des letzten Theiles in Auerbach, Jüdisches Obligationenrecht I S. 524—625.

[196]) Baba Mezia 34, 2; 96, 1; Maimonides XIII. B., III. Gs., Cap. 25, § 9; Karo a. a. O. 77, § 1.

schon in letzterem eine Verpflichtung für eine ganze Handlung enthalten ist, so ist doch die Societät nur auf diese allein beschränkt, denn ein Umstand kann eben keine societas omnium bonorum bewirken; letztere kommt überhaupt im Talmud nicht vor und ist auch nach dessen Auffassung von der Societät begrifflich ausgeschlossen. Die Societät betrachtet der Talmud als eine Eigenthumsart, bei welcher die Gesellschafter sich gegenseitig derartige Rechte einräumen, deshalb schreibt er zur Gründung einer solchen dieselben Erwerbsformen wie beim Kaufe vor[197]); in Consequenz seines Grundsatzes[198]) wird eine Societät, wo nur Geld allein in dieselbe hingegeben wird, durch einen originellen Act begründet: die Gesellschafter legen das gesammte Geld in eine Tasche und jeder nimmt dann die Erwerbsform des Aufhebens vor[199]). Ebenso wie schon oben erklärt wurde[200]), wird der Beginn der Handlung im gemeinsamem Interesse als Erwerbs- und Entstehungsmoment der Societät betrachtet[201]); bei verschiedener effectiver Betheiligung der Gesellschafter wird durch Tauscherwerb die Societät begründet[202]). Da talmudisch der Erwerb einer res futura unmöglich ist, so kann die Societät für res futurae, welche in der societas quaestus et lucri enthalten ist, keinen rechtsgültigen Abschluss erhalten[203]); in Folge dessen ist die societas omnium bonorum in dieser Beziehung unmöglich, ausser wenn diese zukünftigen Dinge Folgen eines gegenwärtigen Gegenstandes sind, wo dann der Gesellschafter als Miteigenthümer in dieser Beziehung auch ein Anrecht auf dieselben be-

---

[197]) Aus Baba Basra 42, 2; Karo a. a. O. 176, § 2.

[198]) Beim Tausche. Vgl. Anm. 89, 90, 96.

[199]) Kethuboth 93, 2; Tosefta, daselbst X; Maimonides XII. B., IV. Gs., Cap. 4, § 1; Karo a. a. O. 176, 1.

[200]) Vgl. Anm. 169.

[201]) Baba Mezia 99, 1.

[202]) Was dann die leichteste Erwerbsart ist. Vgl. Cap. 9, erste Hälfte.

[203]) Maimonides XIII. B., IV. Gs., Cap. 4, § 2; Karo a. a. O. 176, § 3. Vgl. Anm. 104.

sitzt[204]). Von der societas in aeternum kann ausser wegen der oben erwähnten auch nach römischem Rechte gültigen Aufhebungsmomente[205]) auch schon nur darum nicht mehr die Rede sein; nur so lange als der Gegenstand und seine effectiven Folgen existiren und existiren werden, ist eine Societät auch talmudisch zulässig. Ebenso existirt keine rechtlich-mögliche Verpflichtung, die einen socius binden soll, die Theilungsklage nicht zu erheben, weil letztere bei der Entstehung der Societät noch keine effective res ist[206]). Nur dann ist die zu jeder Zeit gültige[207]) Klage auf Theilung unzulässig, wenn ausdrücklich eine Zeitdauer für die Societät fixirt ist[208]), oder die betreffende Sache eine fixe Handelssaison hat[209]); sonst kann die Societät immer aufgelöst werden, ebenso wie jeder Eigenthümer sich seines Eigenthums entledigen kann. Gegen seinen socius ist die Haftpflicht beschränkt, diese Seite der Gemeinschaft gehört talmudisch nicht mehr hierher[210]), sie bildet ein Delict, wenn sie verletzt wird; aber auch in ihrer positiven Seite hat sie gar keine Aehnlichkeit mit der römischen Societas.

§ 15.

Die vierte und letzte Consensualobligation entsteht nach römischem Rechte bei einem Mandate, es ist dies der Vertrag über unentgeltliche Ausführung eines Auftrages; wenn der Auftrag sich mit einer Vollmacht in vermögensrechtlichen Dingen verbindet, dann tritt dabei Stellvertretung ein[211]); ebenso giebt es ähnliche Obligationen bei den Tutoren, die eigentlich die Stelle eines Mandatars einnehmen, auch bei

---

[204]) Maimonides daselbst; Karo daselbst.

[205]) Karo a. a. O. 176, § 19; die detaillirte Erklärung folgt in einer späteren Abtheilung dieser Arbeit.

[206]) Baba Basra 3, 2. Vgl. Anm. 104.

[207]) Baba Mezia 69, 2.

[208]) Baba Mezia 105, 1; Raschi-Commentar daselbst oben.

[209]) Gitin 31, 2; Karo a. a. O. 176, § 17.

[210]) Baba Basra 42, 2; Karo a. a. O. 176, § 8.

[211]) Sohm a. a. O. S. 294, 295.

der Führung fremder Geschäfte ohne Uebergabe eines Mandats; allein bei diesen besteht die obligatio nur quasi ex contractu[212]). Auf den ersten Blick scheint in dieser Beziehung der Talmud ganz mit dem römischen Rechte übereinzustimmen; auch er kennt die Institution des Mandats, auch bei ihm ist die blosse Ernennung allein genügend[213]), die Zeugen sollen nur im Streitfalle das Factum beweisen[214]), nur kennt er sowohl einen unbezahlten, wie auch einen bezahlten Boten, letzterer haftet mehr in Bezug auf custodia[215]); auch er erhebt den Mandatarius, wenn er mit einer Vollmacht versehen ist, zu einem Stellvertreter in Rechtssachen[216]), welche Vollmacht aber noch einen Kinjon in Verbindung mit einem Grunderwerbe benöthigt[217]), wodurch der Bote in dieser Beziehung einen Besitz an dem Gegenstand erwirbt[218]). Aber si duo faciunt idem, non est idem, die wesentlichste Obligation ist nach römischem Rechte die Verpflichtung des Mandatarius zur Ausführung des Mandats, durch den consensus wird er dazu verpflichtet und es existirt diesbezüglich eine Klage[219]); talmudisch ist er privatrechtlich ganz frei, denn es ist doch eine Verpflichtung einer res futura, wobei ausserdem eine Handlung talmudisch im Vorhinein überhaupt keine res ist[220]); sogar wenn ein Schaden durch die Nichtausführung entstehen sollte, hat der Auftraggeber gegen den Mandatarius keine Forderung. Höchstens darf er moralisch ihm dieses übel nehmen[221]); sogar wenn der Mandatarius dieses zu eigenem Nutzen aus-

---

[212]) Puchta a. a. O. III S. 99, 100.

[213]) Baba Mezia 98, 2; Maimonides XII. B., IV. Gs., Cap. 1, § 1.

[214]) Baba Kamma 104, 1. Vgl. III. Schenkungen Anm. 30 in Zeitschrift f. vergl. Rechtsw. XIV S. 101.

[215]) Maimonides XII. B., IV. Gs., Cap. 2, § 6; Karo a. a. O. 85, 1.

[216]) Maimonides XII. B., IV. Gs., Cap. 3, § 1; Karo a. a. O. 122, § 4.

[217]) Baba Kamma 104, 2.

[218]) Baba Kamma 70, 1.

[219]) Sohm a. a. O. S. 294.

[220]) Vgl. Anm. 106.

[221]) Karo a. a. O. 183. § 1.

nützt, behält er, der Bote, rechtlich für sich allein den Erwerb[222]), freilich gilt er dann als Betrüger[223]). Dieser Erwerb geschieht aber nur dann, wenn er ausdrücklich das Mandat für sein eigenes Interesse benützte; wenn dieses zuerst silentio erfolgte, dann hat der Auftraggeber erworben[224]), es hilft dann nicht mehr die Verwahrung des Boten[225]). Und von einem gegenseitigen Vertragsverhältnisse kann schwerlich nach talmudischen Begriffen die Rede sein, denn dieses entwickelt sich folgendermassen: in juridischer Fiction ist der Bote ganz mit der Person des Auftraggebers identisch[226]), aber nur inwiefern er mit dem ausgedrückten[227]) oder vorausgesetzten[228]) Willen des Auftraggebers in Uebereinstimmung sich befindet. Wenn das Mandat talmudisch ein Contract wäre, so müsste man hier fast sagen, dass es ein contractus leoninus sei, denn alle Vortheile sind auf Seiten des Auftraggebers, alle Nachtheile auf Seiten des Boten; es gilt der Hauptgrundsatz: ich schickte dich aus für meinen Vortheil und nicht zu meinem Nachtheile[229]); wenn dann der Bote beim Abschlusse des Rechtsgeschäftes noch seinen Character als Bote hervorhebt, dann geht er noch gut aus, entweder das Geschäft wird bei einem Zuwiderhandeln ungültig[230]) oder der Auftraggeber trägt den Schaden[231]); wenn er aber dieses zu thun unterliess, dann hat er allen Nachtheil, der Auftraggeber jeden Vortheil[232]). Im ersteren Falle kann

[222]) Kiduschin 59, 1; Tosefta, Jebamoth IV.

[223]) Daselbst. Vgl. Anm. 153.

[224]) Tur und Karo a. a. O. 183, § 4.

[225]) Daselbst.

[226]) Kiduschin 41, 1, 2; Nedarim 72, 2; Nasir 12, 2; Baba Mezia 96, 1.

[227]) Vgl. Anm. 229.

[228]) Kethuboth 85, 1; Karo a. a. O. 418, § 8; Rema in Choschen Mischpat 348, § 8.

[229]) Kethuboth 85, 1; 99, 2; Kiduschin 42, 2; Baba Mezia 108, 1; Bechoroth 61, 1.

[230]) Kethuboth 99, 2; Baba Basra 169, 2; Karo a. a. O. 182, § 2; Maimonides XII. B., IV. Gs., Cap. 1, § 2.

[231]) Weil er den Gegenstand erworben hat. Vgl. Anm. 226.

[232]) Karo a. a. O. 182, § 5; 183, § 5.

die dritte Person durch das Verlangen der Vollmacht sich dem Vermögensnachtheile entziehen[233]), dieses Alles gehört aber nicht mehr hierher[234]) in das Verhältniss zwischen Auftraggeber und Boten; es wurde dieses nur hervorgehoben, um zu zeigen, dass unter der äusseren Aehnlichkeit keine, sozusagen innere Gleichheit sich entwickelt; von einem Consensualvertrage kann hier keine Rede sein, höchstens dürfte man sagen: das Mandat begründet talmudisch eine juridische Fiction, die der Talmud nach Möglichkeit in den Rechtswirkungen zu beschränken sucht, ja bei der Stellvertretung einer solchen Person, die auch persönlich handeln könnte, ist sie sogar verpönt, weil der Bote „nicht gut an seinem Volke handelte“[235]). Die römischen obligationes quasi ex contractu in dieser Beziehung als jene der Tutoren und der negotiorum gestores, haben talmudisch einen ganz anderen Entwickelungsprocess. Die Vormünder, deren Ernennung ohne Formalitäten erfolgt[236]), gelten zu Gunsten der Mündel in noch höherem Maasse als der Bote[237]) fictiv als die Eigenthümer: er hat die Hand des Eigenthümers[238]), sie haben also die Rechtsstellung der Stellvertreter mit einer höheren religiösen Verantwortlichkeit[239]); die unberufenen Verwalter fremden Eigenthums haben in bestem Falle nicht mehr Rechte als ein Bote[240]). In allen anderen Fällen, sowie überhaupt dort, wo das römische Recht in Ermangelung von Contracten die sogen. Quasicontracte construirte, legt sich der Talmud auf seine Weise die Frage vor: i s t n a c h d e n N o r m e n d e r H a f t p f l i c h t

---

[233]) Karo a. a. O. 122, § 1.

[234]) Da die Verhältnisse der Stellvertretung in einer späteren Abtheilung werden behandelt werden.

[235]) Schebuoth 31, 1.

[236]) Kiduschin 42, 2; Karo a. a. O. 290, §§ 1. 23; mit Kinjon, Rema in Choschen Mischpat 250, § 17.

[237]) Einerseits Kethuboth 84, 2; Gitin 11, 2; Baba Mezia 10, 1; andererseits aus Gitin 52, 2; Karo a. a. O. 105; § 1.

[238]) Karo a. a. O. 105, § 1; Sema in Choschen Mischpat 202, § 4, Nr. 10.

[239]) Karo a. a. O. 290, § 17.

[240]) Karo a. a. O. in 375 behandelt dieses ausführlich.

für eine Beschädigung oder nach jenen des Eigenthumsbesitzes widerrechtlich ein Schaden entstanden oder nicht?; im Bejahungsfalle spricht er dann von einer Delictsobligation, sonst ist die Person privatrechtlich frei. Zu ersterem gehört das sogen. receptum nautarum u. s. w. des mittelbaren Hüters, zu letzterem die Bereicherung sine und injusta causa des unrechtmässigen Besitzers, der Talmud construirt ganz ebenso die letztere Klage[241]), verpflichtet ebenso den mittelbaren custos[242]), aber im Namen der Delictsobligation.

---

[241]) Maimonides XIII. B., III. Gs., Cap. 15, § 5.

[242]) Wenn solches ortsüblich vorausgesetzt wird. Vgl. Maimonides XIII. B., I. Ges., Cap. 4, § 8.

V.

Die vergleichende Methode in ihrer Anwendung an die slavische Rechtsgeschichte.

Von

Dr. S. Rundstein in Warschau.

Unter dem Titel „Die vergleichende Geschichte der slavischen Rechte — Hauptrichtungen der Wissenschaft und ihre Aufgaben“ hat der bekannte Forscher auf dem Gebiete der polnischen Rechtsgeschichte Prof. Balzer einen Aufsatz veröffentlicht[1]), der für die allgemeine Rechtsvergleichung ein gewisses wissenschaftliches Interesse darstellt. Die Ausbeute, welche die vergleichende Rechtswissenschaft dank den Untersuchungen auf dem Gebiete der slavischen Gesetzgebungen gemacht hat, ist bis jetzt ziemlich gross; sie wäre noch bedeutender, wenn die deutschen und französischen Gelehrten mit der Literatur der slavischen Rechtsgeschichte mehr betraut wären; bis jetzt ist es leider nicht der Fall. Es kommt noch hinzu, dass die Rechtsgeschichte der slavischen Völker und Stämme in vielen Beziehungen noch nicht ausschöpfend bearbeitet ist. Wir haben nur Bausteine; manche Fragen bieten freilich keinen Zweifel mehr; andere aber warten noch auf Beleuchtung.

Prof. Balzer hat sich in seiner Schrift die Aufgabe ge-

---

[1]) In der von demselben Verfasser herausgegebenen Sammlung: „Studien zur polnischen Rechtsgeschichte“, Lemberg 1900 (I. Bd. 5. Heft).

stellt: die Richtungen und Ziele der vergleichenden Methode auf dem streng begrenzten Gebiete der slavischen Rechte aufzuklären. Wenn wir von „slavischen Rechten“ sprechen, so haben wir in Wirklichkeit mit der Geschichte des polnischen, russischen, böhmischen, serbischen u. s. w. Rechtes zu thun. Jedes slavische Volk, jeder Stamm bietet in seiner Rechtsgeschichte gewisse Besonderheiten dar. Diese Besonderheiten, welche durch äussere und innere Ursachen hervorgerufen wurden, müssen erklärt werden. Dank dem gemeinsamen Ursprunge der slavischen Stämme finden sich auch in der Rechtsgeschichte der besonderen Völker viele ähnliche und gleiche Momente. Die letzteren werfen ein gewisses Licht auf diese entfernte Epoche, in welcher die Differenzirung der Slaven in einzelne Volksgruppen noch nicht stattgefunden hat, in welcher nur ein einzelnes slavisches Volk mit seiner besonderen Sprache, Religion, Sitten und Rechte existirte[2]). Dank der vergleichenden Methode können wir diese „prähistorische“ Epoche gewissermassen wiederherstellen. Bis jetzt ist es noch nicht vollständig gelungen. — Die Geschichte der verschiedenen Versuche giebt uns Prof. Balzer.

Die Vergleichung der besonderen slavischen Rechte war am Ende des 18. und im Anfange des 19. Jahrhunderts schwach entwickelt. Der bekannte polnische Rechtshistoriker Czacki („Ueber die Rechte Lithuaniens und Polens“ 1800/01, 2 Bände) hat noch keine Ahnung von der vergleichenden Methode. Nur in einigen Stellen erwähnt er das böhmische und russische Recht, indem er manche ähnliche Momente (recht äusseren Charakters) berührt. Der genetische Zusammenhang bleibt für ihn „terra incognita“. Es kommt noch hinzu, dass die damalige Geschichtswissenschaft die slavischen Institutionen — so gut bei den Polen wie auch bei den Russen — als von germanischem und normannischem Rechte recipirte betrachtete[3]).

---

[2]) Op. cit. S. 38.

[3]) In der russischen Wissenschaft war diese Ansicht von Schlözer ausgesprochen, der die „Ruskaja Prawda“ als normannisches Recht be-

Zufällige Aehnlichkeiten riefen die sonderbarsten Hypothesen hervor: man glaubte blind an die Reception der germanischen Rechte und man vergass von stark entwickeltem slavischem Gewohnheitsrechte, von einheimischen Institutionen, die mit ausländischen Einflüssen in einem sehr losen Znsammenhange standen[4]).

Die Ausführungen von Czacki haben eine heftige Polemik hervorgerufen. Diese Polemik aber bezeugt, wie ungenügend und wie naiv damalige vergleichende Methode war. Die Gegner Czacki's behaupteten, dass das polnische Recht nicht aus normannischem, sondern aus dem römischen in complexu recipirt wurde. (Bandtkie, Ossolinski.) — Erst mit dem Eindringen der befruchtenden Ideen der historischen Schule ändern sich die Ansichten. Man beginnt von dem Rechte als Producte des Volksgeistes zu sprechen; die Idee der selbständigen Rechtsentwickelung wird hervorgehoben. Sie findet ihren Ausdruck in den Forschungen des polnischen Gelehrten Rakowiecki über die „Ruskaja Prawda“ (2 Bände, 1820—22). Nach der Ansicht der besten Kenner der slavischen Rechte, wie Leontowicz und F. Sigel, kann die Arbeit von Rakowiecki als erste echt wissenschaftliche Probe der vergleichenden Darstellung des russischen mit den anderen slavischen Rechten betrachtet werden. Dabei hat Rakowiecki das Verdienst, dass er die

---

trachtete. Zu derselben Schule gehören die deutschen Gelehrten Ewers, Das älteste Recht der Russen, 1826, und Reutz, Versuch über die geschichtliche Ausbildung der russischen Staats- und Rechtsverfassung, 1829.

[4]) Es wird vielleicht nicht ohne Interesse sein, dass man schon im 13. Jahrhundert eine richtigere Auffassung von der Entstehung des polnischen Rechtes besass. Der unbekannte Verfasser eines deutsch geschriebenen polnischen Rechtsbuches meint in seiner Vorrede:

„Syne (Polens) wysesten ouch han
In zin recht getichtit
Von aldir und berichtet
Daz is dor an zich hat gewant.“

(Helcel Monum. Jur. Polon. II S. 14.)

„Ruskaja Prawda“ als Product des einheimischen, russischen Rechtes anerkennt.

Eine allgemeine Geschichte der slavischen Rechte fehlte aber. Die Lücke wurde von einem polnischen Gelehrten Maciejowski — freilich sehr ungenügend — ausgefüllt[5]). Es fehlte ihm eine vollständige Kenntniss der zahlreichen Rechtsquellen; seine vergleichende Methode unterscheidet nicht zwischen dem Rechte der ältesten Zeiten und den Formationen, welche durch die spätere Entwickelung hervorgerufen wurden. Ganz willkürlich nimmt Maciejowski an, dass die polnische Gesetzgebung am besten den Geist des alten slavischen Rechtes bewahrt hat. Er stellt deshalb das polnische Recht immer auf die erste Stelle; die anderen Rechte spielen nur eine ergänzende Rolle — „supplendi gratia“. Es kommt noch hinzu das von Maciejowski gebrauchte falsche Kriterium, nach welchem die slavischen und die germanischen Institutionen unterschieden sein sollten. Für einen unkritischen Leser ist das Buch von Maciejowski eine durchaus gefährliche Lectüre.

Der erste Versuch einer vergleichenden slavischen Rechtsgeschichte ist also als ein misslungener zu betrachten. Die Gelehrten wenden sich zu speciellen Untersuchungen; man widmet sich vollständig dem Erlernen und der Darstellung der einzelnen slavischen Rechte, ohne sich um die Vergleichung viel zu kümmern. Die literarische Production auf diesem Gebiete der speciellen Untersuchungen ist ziemlich gross.

Eine umfassende und den Gegenstand erschöpfende vergleichende Darstelluug aller slavischen Rechte fehlt bis jetzt. Wir haben nur mit monographischen Arbeiten zu thun; der russischen Wissenschaft gilt in dieser Beziehung das ernste Verdienst, den richtigen Weg gefunden zu haben[6]).

---

[5]) Maciejowski, Geschichte der slavischen Gesetzgebungen (polnisch), 1. Ausgabe in 4 Bänden 1832—35. 2. Ausgabe in 6 Bänden mit Zusätzen und abgedruckten Statuten, Gerichtsacten etc. 1856—58.

[6]) Von westeuropäischen Gelehrten sind auf diesem Gebiete Turner, Schmidt, Dareste hervorzuheben. Die Schriften der russischen und

Die heutzutage vorherrschende specialisirende Methode führt aber zu vielen Missverständnissen und falschen Constructionen. Man hat keine richtige Vorstellung von den wichtigsten Elementen der Rechtsentwickelung, welche allen slavischen Stämmen zweifelsohne gemeinsam sind. Wenn man nur das polnische oder nur das russische Recht behandelt, so kann man sich nicht richtig erklären, wie z. B. die Gentilverfassung, die Feldergemeinschaft, die Gemeindenorganisation bei dem gegebenen Stamme sich entwickelt haben. Man muss immer die vergleichende Methode ins Auge ziehen; die Ueberbleibsel der prähistorischen Epoche, wo die Differenzirung der Slaven noch nicht stattgefunden hat, geben uns in vielen Fällen den Schlüssel zu den schwierigsten Fragen der „speciellen" Rechtsgeschichte. Freilich besitzen wir nur die Quellen aus der Zeit, wo die slavischen Stämme schon ein abgesondertes Leben führten; jedes Volk und jeder Stamm unterliegt verschiedenen inneren und äusseren Einflüssen, welche, selbstverständlich, seine rechtlichen Institutionen verändern. Wenn es uns gelungen wäre, die allgemeinen Grundsätze der slavischen Rechtsentwickelung, welche durch die individualistische nationale Tendenz der späteren Zeiten nicht beiseite geschoben wurden, zu finden, so wäre es auch möglich, eine „altslavische" Rechtsgeschichte zu construiren. Die Ergebnisse hätten eine ausserordentliche Bedeutung für die Frage, wie die spätere aus-

---

böhmischen Verfasser sind der Mehrheit von Rechtshistorikern nicht zugänglich, da diese Arbeiten in einer für sie unbekannten Sprache geschrieben sind. Die nicht zahlreichen Ausnahmen, wo die slavischen Gelehrten deutsch oder englisch schreiben, führen wir hier an. So ist dem westeuropäischen Leser der Aufsatz von Prof. F. Sigel, einem der bewährtesten Kenner der slavischen Rechte, zu empfehlen. Der Aufsatz trägt den Titel: Sociology applied to Politics. Social theories and Russian conditions (Philadelphia 1898) und giebt eine synthetische Darstellung der Hauptunterschiede zwischen dem russischen und anderen slavischen Rechten. Zu erwähnen sind noch: Peisker, Zur Socialgeschichte Böhmens I, II, 1896—97 und Miklosich, Die Blutrache bei den Slaven. Denkschrift d. Wiener Akad. der Wiss. hist.-phil. Classe XXXVI, 1888.

schliesslich nationale Entwickelung die altslavischen Elemente beeinflusst und verändert hat.

Um dieses Ziel zu erreichen, muss man unbedingt die einzelnen slavischen Rechte, wie sie sich in ihrer späteren „historischen“ Entwickelung darstellen, vergleichen. Man muss auf die zahlreichen Ueberbleibsel (survivals) Acht geben; man muss nicht nur die Aehnlichkeiten und Unterschiede einfach beschreiben und feststellen, sondern dieselben analytisch zu erklären versuchen. Bis jetzt aber hat man die Grenzen der einfachen Beschreibung nicht überschritten. Entweder stellt man die Erklärung einer Institution aller slavischen Rechte zusammen und, selbstverständlich, bekommt man kein klares Bild — oder man untersucht die gegebene Erscheinung bei jedem Volke besonders. Diese zweite Methode ist die richtige, sie verwischt nicht die individuellen Besonderheiten der Entwickelung. Dank dieser Methode können wir freilich Unterschiede und ähnliche Momente feststellen; aber die einfache Feststellung ist noch keine analytische Erklärung[7]). Ein Beispiel: wir wissen, dass bei den Slaven die sogen. „Zadruga“ (Familien- und Gütergemeinschaft) existirte. Die beschreibende Rechtsvergleichung hat diese Thatsache festgestellt. Wenn wir aber fragen, wie diese „Zadruga“ organisirt wurde, so stösst hier unsere Methode auf unüberwindliche Schwierigkeiten und kann die Ursachen der verschiedenen Details der Organisation nicht erklären. Sie sagt uns z. B., dass bei den Südslaven der Häuptling der Gemeinschaft gewählt wird; dass bei den Slovenen diese Würde dem ältesten in der Familie ipso jure ohne jedwede Wahl gehört; dass in der russischen „Grossfamilie“ dieselbe vererblich ist. Weiter wissen wir, dass bei den Russen die Gewalt des Aeltesten in der Familie fast eine unbeschränkte ist —; bei den Südslaven ist sie im Gegentheil begrenzt; ohne Erlaubniss der Mitglieder kann der Aelteste der „Zadruga“ nichts unternehmen. Ohne Erklärung

---

[7]) Balzer op. cit. S. 41 ff.

dieser Gegensätze bleibt die ganze Organisation der „Zadruga“ im Dunkeln.

Nur in manchen Fällen ist es gelungen, die Grundsätze des altslavischen Rechtes zu entdecken und die Unterschiede, welche durch die spätere nationale Entwickelung hervorgerufen werden, zu erklären. Prof. Balzer führt einige sehr lehrreiche Beispiele an:

1. Wir wissen, dass bei den alten Slaven die Blutrache existirte. Man konnte aber nicht erklären, wie die interessante Sitte der Versöhnung in der Form einer erniedrigenden „Demüthigung“ (pokora)[8]) entstand. Man erklärte z. B. diese Demüthigung als eine unter dem Einflusse der kirchlichen Pönitenzvorschriften entstandene Sitte (Ulanowski, Hube), was durchaus falsch war. Es ergab sich, dass die Demüthigung, als symbolische Vergeltung für das Verbrechen, seinen Anfang noch von den heidnischen Zeiten führt. Sie stammt von der altslavischen Blutrache und die Beschreibungen des Demüthigungsceremonials, welche wir in böhmischen und polnischen Rechtsdenkmälern finden, stehen im innigsten Zusammenhange mit der uralten Idee der wirklichen, bezw. fictiven Vergeltung[9]).

2. Bei der Theilung des gemeinschaftlichen Vermögens der „Zadruga“ werden zwei Systeme gebraucht: entweder theilt man das Vermögen in stirpes oder in manchen Fällen in capita. Die neuesten Forschungen haben die Ursache des Unterschiedes erklärt. Die Theilung richtete sich nach dem folgenden Massstabe: wenn das Vermögen von den Gründern des Geschlechtes erworben wurde, dann fand die Theilung in stirpes statt; falls aber bei dem Erwerbe die letzten Repräsentanten der Gemeinschaft betheiligt wurden, so richtete sich die Theilung nach Köpfen.

---

[8]) Vgl. meinen Aufsatz in der Zeitschrift für vergl. Rechtsw. 1900, S. 217 Anm. 16.

[9]) Die Beleuchtung dieser interessanten Frage finden wir in einer vor kurzer Zeit erschienenen polnischen Arbeit von Ciszewski, Fehde und Versöhnung. Warschau 1900, S. 66, 67.

3. Bis jetzt ist die Frage dunkel, ob bei den Slaven das Mutterrecht jemals existirte. Wir finden freilich in den südslavischen Rechten manche Spuren, so z. B., dass die Frau nach dem Tode des Mannes zu ihrem Geschlechte wiederkehrt, dass in solchem Falle die Kinder der Mutter folgen. Andererseits wissen wir aber, dass die Familiengemeinschaften eine Ausdehnungskraft besassen, welche der Annahme fremder Elemente nicht entgegenstand. So konnte z. B. die Wittwe in die von ihr verlassene Zadruga wieder eintreten. Der Zusammenhang mit dem Mutterrechte ist in diesem Falle ziemlich unklar. Die Frage ist bis jetzt noch nicht endlich gelöst [10]).

4. Wie entstand bei den Slaven das Privateigenthum? Die Vergleichung der verschiedenen Rechte giebt uns darauf eine Antwort. Wir finden in polnischen und böhmischen Statuten den lateinischen Ausdruck „sors“ für die Bezeichnung des Privateigenthums (bei Russen und Südslaven den Ausdruck „Zrebij“ = deutsch, Loos). Daraus können wir schliessen, dass die Feldergemeinschaft der „Zadruga“ in das Privateigenthum — im Wege der Verloosung der Antheile — überging.

5. Es bestehen bei den Slaven territoriale Vereinigungen von mehreren Ansiedelungen, welche gewisse polizeiliche und administrative Aufgaben vollziehen (bei den Russen „werw“, bei den Polen „opole“, bei den Böhmen „sousedstvo“, bei den Serben „okolina“). Diese Vereinigungen sind z. B. für alle Verbrechen, welche auf ihrem Territorium verübt werden, verantwortlich. Es war eine Meinung vertreten, nach welcher diese Gemeindenverbindungen durch den Staat geschaffen wurden. Die Rechtsvergleichung hat aber bewiesen, dass diese autonomen Vereinigungen längst vor der Entstehung des Staates existirten. Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Gemeinden ist als ein Ueberbleibsel der ältesten Zeiten zu betrachten.

---

[10]) M. Kowalewski in seinen Untersuchungen über das Mutterrecht findet bei den Slaven sehr schwache Spuren dieser Institution (vgl. seine russische Abhandlung „Das primitive Recht“ 1886—87, I. Band).

Die von Prof. Balzer angeführten Beispiele geben einen gewissen Begriff von der Bedeutung, welche die vergleichende Methode für die slavische Rechtsgeschichte besitzt.

Um eine Klarstellung der verschiedenen, bis jetzt der Erörterung harrenden Fragen zu ermöglichen, ist es nöthig, die Methodologie der Untersuchungen in mancher Hinsicht zu berichtigen.

Abgesehen von der Bedeutung der rein philologischen Untersuchungen[11]), muss man die Quellen besser ausnutzen. Die Gelehrten beschränken sich auf die Studien der russischen, böhmischen und südslavischen Gesetzgebung und vergessen, dass die slavischen Stämme einst tief bis in das heutige Pommern hervorgedrungen waren, dass sie einst Stirien und Karinthien bis Salzburg bewohnten. Auch das ursprüngliche ungarische Recht ist nichts Anderes, als madiarisirtes Slavenrecht (so Luschin v. Ebengreuth). Abgesehen von dem Einflusse, welchen das slavische Recht auf das walachische und rumänische erzeugte, muss man die pommerschen, stirischen, ungarischen Diplomatarien und Actensammlungen bei vergleichendem Studium der slavischen Rechte näher berücksichtigen. Bis jetzt hat man diese sehr wichtigen Quellen ziemlich selten benutzt.

Von grosser Bedeutung sind auch die Gewohnheitsrechte und Sitten, welche bei den Südslaven bis heutzutage bewahrt blieben. Sie sind für unsere Ziele sehr wichtig: da die südslavischen Stämme von der westeuropäischen Cultur sehr schwach beeinflusst wurden, konnten sie auch die Ueberbleibsel der ältesten Epochen am besten bewahren. Eine ausgezeichnete Sammlung der Gewohnheiten, die für das Rechtsleben der Südslaven ein gewisses Interesse bieten, hat Bogišić zusammengestellt. Die russische Literatur besitzt auch Sammlungen

---

[11]) Vgl. die Anwendung dieser Methode in der musterhaften Untersuchung von Prof. Leontowicz, Die arischen Grundlagen des socialen Lebens der alten Slaven (russisch). Warschau 1897.

dieser Art, nur für Böhmen und Polen fehlen bis jetzt eingehende Untersuchungen[12]).

Die Berücksichtigung dieser methodologischen Andeutungen ist bei jedem vergleichenden Studium der slavischen Rechte äusserst nothwendig. Die Forscher, welche bis jetzt mit Vorliebe sich der Geschichte nur eines slavischen Rechtes widmen, müssen das enge Feld der Specialuntersuchungen verlassen; anders wird ihre Arbeit nie fruchtbar werden. Um die Erreichung dieses Zieles zu erleichtern, schlägt Prof. Balzer vor, dass in allen slavischen Universitäten ein Lehrstuhl für vergleichende Geschichte der slavischen Rechte errichtet sein soll (bis jetzt bestehen solche Lehrstühle nur in Warschau — Prof. F. Sigel — und in Prag — Dr. Kadlec). Dann wäre es wünschenswerth, wenn eine der slavischen Rechtsvergleichung speciell gewidmete Zeitschrift begründet würde.

Das sind die äusseren Mittel; die inneren hängen von gutem Willen der zahlreichen slavischen Forscher ab, welche nie vergessen sollen, dass die Entdeckung der Hauptelemente in Entwickelung der slavischen Rechte eine wichtige Rolle für das Verständniss der arischen Rechte im Allgemeinen spielt.

---

[12]) Einen Fragebogen für Zwecke der Sammlung der Gewohnheiten im polnischen Rechtsleben hat Grabowski im Jahr 1889 bearbeitet.

VI.

Die Strafrechtstheorie der Carolina und des Carpzov.

Von

Assessor Dr. **K. Klee** in Berlin*).

Dogmatische Einleitung.

Der Zweck der Strafe im Allgemeinen.

Wie die Zwangsvollstreckung gegen civiles, so reagirt die Strafe gegen criminelles Unrecht. Der Unterschied besteht darin, dass zwar die Zwangsvollstreckung, nicht aber die Strafe, den in seinem Recht Gekränkten in integrum restituirt. Das Uebel der Zwangsvollstreckung ist ohne Weiteres aus der im Wesen der Rechtsordnung begründeten Nothwendigkeit der Wiederherstellung des gestörten Gleichgewichts zwischen der Rechtssphäre des Verletzenden und des Verletzten gerechtfertigt. Ist für die staatliche Sanction des durch die Vollstreckung ausgeübten Zwanges auch nicht das Privatinteresse des einzelnen Gläubigers bestimmend, vielmehr das Interesse Aller an der Sicherheit von Handel und Wandel, so tritt doch bei der Zwangsvollstreckung jenes Gesammtinteresse in jedem Fall durch das Medium der Herstellung des verletzten einzelnen Rechts sichtbar in die Erscheinung. Nicht so bei der Ausübung des ius puniendi: die „Rechtmässigkeit" der Strafe lässt sich nicht an der Beseitigung eines materiellen Uebels,

*) [Hervorgegangen aus den von mir geleiteten Uebungen. Kohler.]

an einem positiven Wiedergutmachen im einzelnen Fall ad oculos demonstriren. Die Strafe fügt, weit entfernt, das Uebel der Rechtsverletzung zu beseitigen, zu ihm noch ein zweites Uebel hinzu. Entbehrt mithin auch die Realisirung des mit der Strafe ebenso wie mit der Zwangsvollstreckung vom Staat bezweckten Schutzes der gesellschaftlichen Lebensinteressen bei der Strafe der der Vollstreckung eigenen concreten Sinnfälligkeit mangels einer Reparation verletzten Rechts, so liegt doch die Nothwendigkeit der Strafe für den Fortbestand einer die Sicherheit der Individuen gewährleistenden Rechtsordnung und somit auch ihre Rechtmässigkeit klar am Tage. Denn die Strafe ist das wirksamste Gegenmotiv gegen die den Menschen beherrschenden egoistischen, antisocialen Motive. Sie wird so lange unentbehrlich sein, als nicht eine nur hypothetisch zu denkende Vollkommenheit der gesellschaftlichen Einrichtungen die Bethätigung jener antisocialen, egoistischen Triebe ausschliesst. Die neuzeitlichen Tendenzen der bedingten Verurtheilung u. dgl. schränken diesen Satz nicht ein. Die ultima ratio wird stets dem Verbrechen gegenüber das Strafübel sein. —

Zwischen allen Strafrechtstheorieen, d. i. den Theorieen, die sich mit Wesen, Grund und Zweck der Strafe befassen, besteht denn auch ein tacitus consensus dahin, dass die Strafe mit Rücksicht auf den allgemeinen Zweck der Erhaltung der Rechtsordnung gerechtfertigt ist. Die Ansichten divergiren nur über denjenigen speciellen Strafzweck, durch dessen Medium jener allgemeine, von Allen anerkannte Strafzweck am angemessensten erfüllt wird. Dies ist die praktische Bedeutung des Unterschiedes der absoluten und relativen Theorieen [1]).

---

[1]) Hinsichtlich des theoretischen Unterschiedes, dessen nähere Untersuchung hier in einer historischen Abhandlung nicht am Orte ist, verweisen wir auf die unseres Erachtens den Kern der Frage treffenden Erörterungen von Welcker, Die letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe S. 127 ff. Der Zweck des Fortbestehens der Rechtsordnung ist für W. „Vernunftgrund“ der Strafe, die an sich durch die vergangene

Sowohl die absoluten wie die relativen Theorieen, ins Extreme getrieben, gefährden die „gerechte“ d. h. die im Hinblick auf den allgemeinen Strafzweck der Erhaltung der Rechtsordnung nothwendige [2]) und angemessene Correspondenz zwischen Schuld und Sühne: die absoluten, insofern sie sich von dem im gesellschaftlichen Bedürfniss liegenden Zweckmoment loslösen — denn auch für die absoluten Theorieen ist die poena eine res relata ad effectum, sie verfolgen den abstracten Zweck der „Gerechtigkeit“, der „Vergeltung“ u. s. w. — die relativen Theorieen, indem sie die Strafe als willkürliche Staatseinrichtung zur Erreichung politischer Zwecke auffassen [3]).

Wie der Verbrechensbegriff unter dem Einfluss der wechselnden culturellen, ethischen und religiösen Anschauungen dem Wandel unterworfen ist, so weist auch die Auffassung der Strafe im Laufe der Zeiten verschiedene Färbungen auf [4]).

Handlung nicht gerechtfertigt ist. Dies ist der richtige Kern der relativen Theorieen. Das in der Vergangenheit liegende Verbrechen ist aber nicht blosse Gelegenheitsursache der Strafe, sondern, wie W. sagt, ihr „historischer Sachgrund“. Zukünftige Schuld kann nicht Grund gegenwärtiger Strafe sein. Insofern ist der Satz „nemo prudens punit, quia peccatum est, sed ne peccetur“ falsch und ist die absolute Theorie im Rechte. Man giebt dem fleissigen Schüler eine Belohnung: „Historischer Sachgrund“ der Prämiirung ist der in der Vergangenheit liegende Fleiss des Schülers. Man würde ihn aber nicht prämiiren, wenn man nicht den in der Zukunft liegenden Zweck vor Augen hätte, den Belohnten und Andere anzuspornen. Dieser Zweck ist der „Vernunftgrund“ der Prämiirung. Ein analoges Beispiel lässt sich mit der oft als Parallele gebrauchten Heilung des Kranken bilden.

[2]) v. Liszt, Z. für die ges. Strafrw. III, Der Zweckgedanke im Strafrecht S. 31, setzt die Gleichung: „Gerecht = nothwendig“.

[3]) Pfenninger, Der Begriff der Strafe 2. Aufl. S. 180: „Die Gerechtigkeitsstrafe kann ebensogut bis zur Grausamkeit gehen, wie die Zweckstrafe in der Abschreckung.“

[4]) Häufig, aber nicht überall lässt sich ein Parallelismus zwischen dem Verbrechens- und dem Strafbegriff feststellen. Das kanonische Strafrecht hatte den neutestamentlichen Gott der Liebe vor Augen, mit dem der Verbrecher versöhnt werden muss. Der im Folgenden zu behandelnden

Trotz des wechselvollen Bildes, welches uns die Geschichte der staatlichen Strafe bietet, ist aber der allgemeine Zweck der Strafe, der Schutz der Rechtsordnung, stets der mehr oder weniger bewusste Hintergrund gewesen, von welchem sich die zeitweilig herrschenden speciellen Strafzwecke abheben. So kommt es, dass wenn auch in einer bestimmten Periode eine Seite der Strafe, ein Strafzweck, besonders hervortritt, dies nicht geschieht unter Ausschliessung aller übrigen speciellen Strafzwecke; und eine je grössere Rolle das Individuelle spielt, desto mehr Strafzwecke werden neben einander Berücksichtigung finden. Jener allgemeine Hauptzweck der Strafe kann niemals durch einen der speciellen Zwecke, sei er nun Abschreckung, Besserung oder Vergeltung, allein voll erreicht werden: der vorherrschende Specialzweck bedarf der Ausgleichung durch andere Strafzwecke.

Der Begriff der Strafe ist, wie Köstlin sagt [5]), an sich und in der Wirklichkeit stets ein lebendiges Ganzes, das in der Wirklichkeit nie zu einer blossen Abstraction werden kann.

Nicht zum Geringsten wird für die culturelle Höhe einer Epoche Gradmesser sein die Probe, ob sie in einseitiger Generalisirung dem allgemeinen Zweck der Strafe durch einen

---

Periode schwebte der mosaische Gott der Rache vor, der blutige Opfer fordert. Der Wechsel dieser Vorstellung war ohne Einfluss auf den Verbrechensbegriff, aber sehr bestimmend für den Charakter der Strafe. In unserer heutigen Strafgesetzgebung finden sich noch manche Residuen der Auffassung des Verbrechens als einer Sünde, nämlich da, wo blosse moralische Schandthat, die eine Rechtsverletzung nicht enthält, gestraft wird (z. B. Incest, Sodomie). Damit geht aber keineswegs mehr Hand in Hand die Betrachtung der Strafe als einer gottwohlgefälligen oder auf Gott Bezug habenden Institution. Dies würde Gegenstand einer besonderen Abhandlung sein können, ebenso wie die nachweisbare Wirkung der Verschiedenheit des Verbrechens- und Strafbegriffes auf die Gestaltung des Strafprocesses.

[5]) System I, S. 418. Vgl. auch K.'s Gesch. d. deutschen St.-R., herausgeg. von Gessler S. 41.

speciellen Strafzweck dient, oder ob sie individualisirt und dementsprechend auch andere Strafzwecke zu Worte kommen lässt. Mit diesem Massstab gemessen, weist der in der Carolina und bei Carpzov entwickelte Strafbegriff im Grossen und Ganzen eine dem Culturideal des Individualismus abholde Einseitigkeit auf.

I. Kapitel.

Die Carolina.

§ 1.

Historische Vorbemerkung.

Ein Gesetzbuch kann nicht aus sich selbst heraus verstanden werden. Ein gerechtes, der Objectivität entsprechendes Urtheil lässt sich nur fällen auf historischer Grundlage. So muss auch die Carolina mit dem Massstab ihrer Zeit gemessen werden. Dann wird der hernach im Einzelnen zu constatirenden Härte und Grausamkeit ihrer Strafbestimmungen nicht mehr der Vorwurf anhaften, zu dem ein absoluter, d. h. von der geschichtlichen Grundlage losgelöster Standpunkt leicht geneigt ist. Den zu Anfang des 16. Jahrhunderts in deutschen Landen herrschenden Rechtszustand schildert die Vorrede zur C.C.C.: Das Gesetzbuch will den Unterthanen ein Schutz sein gegen die maasslose Willkür der Obrigkeiten und Territorialherren, den Gerichten ein Anhaltspunkt im Widerstreit romanischer und germanischer Rechtselemente. Willkür und Härte der Strafjustiz waren eine Folge der Schwäche der allgemeinen, das ganze Reich umfassenden Rechtsordnung. Die centralisirten kleinen Staatswesen äusserten eine geradezu brutale Rücksichtslosigkeit und Unmenschlichkeit in der Bestrafung: Klassisches Muster hierfür sind die süddeutschen Stadtrechte. Die Richtstätten Nürnbergs — so erzählt Conrad Celtes in seinem Buch de origine, situ, moribus et Instit. Norimb. (cap. 14 de poenis sontium) — waren mit Leichnamen

hingerichteter Verbrecher angefüllt; die durch den Wind aneinandergeschlagenen Gebeine verursachten ein Geräusch in der Luft und die Raben fanden dort vortreffliches Mahl [6]). Ganz geringfügige Delicte wurden von den Weisthümern mit grausamen Strafen belegt. Das Weisthum eines Dorfgerichts (Oberursel 1401) über das Abschälen von Bäumen bestimmt, dass dem Schuldigen die Gedärme aus dem Leib gerissen und um den Baum gewickelt werden sollen, gleichsam als Ersatz der dem Baum entzogenen Rindenhülle. Andere Weisthümer setzten Tod durch den Pflug auf das Beschädigen von Grenz- und Marksteinen. Wer die Schöffen eines ungerechten Urtheils zeiht, soll nach dem Brunner Schöffenbuch mit der Zunge so lange an einen Pfahl genagelt werden, bis er sich die Zunge selbst abschneidet [7]). Mögen nun auch solche raffinirten und barbarischen Strafen selten oder gar nicht vollstreckt sein; sie zeigen, wie man über das Verhältniss von Schuld und Strafe dachte.

Das Bestreben der Staatsgewalten, an Stelle der Privatgenugthuung, wie sie in Gestalt der Fehde und des Faustrechts im 15. Jahrhundert wucherte, in der Strafe eine öffentliche zu setzen, ferner der Kampf gegen das gewerbsmässige Verbrecher- und Vagantenthum, die furchtbare Masse umherirrenden besitzlosen Proletariats, führte nothwendig zu einem Hervortreten des Abschreckungszweckes in der Strafgesetzgebung. Nach alledem sind die Strafen der C.C.C. keine Erfindung Schwarzenberg's, wie dies im Einzelnen sich bei Betrachtung der „Quellen“ der Schwarzenberg'schen Arbeiten noch herausstellen wird [8]). Mit Recht bemerkt

---

[6]) Cf. auch H. Knapp, Das alte Nürnberger Criminalrecht S. 2. — Ueber Ausbildung des Barbarismus im Strafrecht der italienischen Statuten cf. J. Kohler, Studien aus dem Strafrecht II.

[7]) Grimm, Weisthümer III, S. 489, 590.

[8]) Hälschner's Vorwurf in seiner „Geschichte des Brandenburg.-Preuss. Strafrechts“ S. 94, dass die Bambergensis (C.C.B.) gleichsam die ganze Masse der in Deutschland zerstreuten Leibes- und Lebensstrafen

Zöpfl[9]), dass es ein die ganze Autorität des Strafgesetzes untergrabendes Unternehmen gewesen wäre, hätte Schwarzenberg in dieser Beziehung gegen den Geist seiner Zeit austreben wollen: Das auf Abschreckung und Prävention gegründete Strafsystem war die nothwendige und unvermeidliche Uebergangsstufe, im Gegensatz zum alten Compositionssystem der Idee einer poena publica Eingang zu verschaffen. Von demselben Gesichtspunkt aus sagt Köstlin[10]), dass es in der That höchst sonderbar wäre, wenn in der Carolina wie durch einen Zauberschlag der reine und volle organisch entwickelte Begriff des Strafrechts hervorgetreten sein sollte.

Einen nicht geringen Einfluss auf das für die Periode der Peinlichen Gerichtsordnung Karl's V. und die ihr vorhergehende Zeit charakteristische Strafsystem hat die hauptsächlich vom kanonischen Strafrecht ausgebildete Idee der Gottesstrafe geübt[11]).

Es ist nicht zutreffend, in der Idee der Gottesstrafe nichts als eine Beschönigung des menschlichen Rachetriebes durch Zurückführung seiner irdischen Existenz auf göttliche Abstammung zu erblicken[12]). Massgebend ist die Vorstellung, dass die von Gott gesetzte Obrigkeit an Gottes Statt die

---

gesammelt habe und sie alle neben einander zur Anwendung bringe, entfällt mit Rücksicht auf die Strafpraxis Nürnbergs, welche noch härtere Strafen als die C.C.B. und die C.C.C. aufweist. Vgl. Brunnenmeister, Die Quellen der Bambergensis S. 75. Auch gegenüber der ihr nachfolgenden Gesetzgebung kann, wie sich zeigen wird, die C.C.C. häufig milde genannt werden.

[9]) Das alte Bamberger Recht als Quelle der C.C.C. S. 107.

[10]) a. a. O. S. 420.

[11]) Vgl. v. Bar, Handbuch des deutschen Strafrechts I S. 32.

[12]) Dies thut Pfenninger a. a. O. S. 133. Mit Bezug auf den Taurierkönig allerdings ist es richtig, wenn Goethe's Iphigenie sagt (Act I, Scene 3):

> „Der missversteht die Himmlischen, der sie
> Blutgierig wähnt; er dichtet ihnen nur
> Die eignen grausamen Begierden an."

Gerechtigkeit zu pflegen habe. „Sie trägt das Schwert nicht umsonst, sie ist Gottes Dienerin, eine Rächerin zur Strafe über den, der Böses thut“ (Römer XIII, 4).

§ 2.

Die Strafrechtstheorie der Carolina [12a]).

Es ist verfehlt, wenn Abegg [13]) aus der in Art. 104 enthaltenen allgemeinen Wendung, dass gestraft werde „aus lieb der gerechtigkeit und umb gemeines nutz willenn“ den Schluss zieht, dass die C.C.C. auf dem Boden einer absoluten Gerechtigkeitstheorie stehe [14]). Willkürlich bezeichnet hierbei Abegg die Förderung des „gemeinen Nutzens“ nicht als Grund, sondern als unwesentliche Folge der Strafe. Aus einer solchen absoluten, vom „gemeinen Nutzen“ absehenden Gerechtigkeitstheorie lässt sich das Princip der C.C.C. für Art und Maass der Strafe nicht entnehmen. Jede Culturepoche nimmt in ihren Gesetzescodex diejenigen Strafen auf, welche ihr im Interesse der Erhaltung der rechtlichen Ordnung nothwendig erscheinen: diese dünken ihr „gerecht“. In diesem Sinne galten auch der karolinischen Periode die grausamen Strafender P.G.O. Karl's V. als gerecht. Sie waren nothwendig mit Rücksicht auf das erhebliche Sicherheitsbedürfniss, welches sich damals geltend machte, nothwendig auch im Hinblick auf die Annahme, dass Gott ein Gemeinwesen nur gedeihen lasse, wenn alle in seinem Bannkreise vorkommenden Verbrechen gehörig ge-

---

[12a]) Der Text der C.C.C. wird im Folgenden nach der Ausgabe von J. Kohler und W. Scheel, Halle 1900, wiedergegeben.

[13]) Die verschiedenen Strafrechtstheorien S. 121.

[14]) Auch Günther, Die Idee der Wiedervergeltung in der Geschichte und Philosophie des Strafrechts I S. 287 sieht das Wesen der Strafe in der C.C.C. in der Gerechtigkeit, deren Ausdruck ihm das Princip der Wiedervergeltung ist, wie es sich in der C.C.C. in der Form der Talion darstelle. Wie die Anwendung des Talionsprincipes in der C.C.C. zu verstehen ist, wird weiter unten auseinandergesetzt werden.

sühnt werden[15]), so dass es für verzeihlicher galt, zu hart zu strafen, als zu milde. Die Carolina dient ebenso wie ihre Vorgänger und Nachfolger dem allgemeinen Zweck der Strafe, dem Zwecke der Erhaltung der Rechtsordnung, durch ein grausames Strafensystem, welches abschreckend wirken und der beleidigten Gottheit genugthun soll[16]).

Der Abschreckungszweck ist deutlich ersichtlich aus den Vorschriften der C.C.C. über Art und Weise der Strafvollstreckung (Art. 192 f.). Der Beschluss eines Urtheils auf Viertheilung soll lauten: „Durch seinen ganntzen leib zu vier stucken zerschnitten und zerhawen, unnd also zum tod gestrafft werden soll, Vnnd sollenn sollich vierteill uff gemeine vier wegestrassen offenntlichen gehangen und gesteckt werden[17]). Oeffentlich auch soll der Geräderte auf's Rad gelegt werden. Zur Richtstatt geschleift werden soll der Missethäter durch die „unvernunfftigen thier". Es wird hierdurch gewissermassen

---

[15]) Von Richtern, die ungerecht freisprechen, sagt die C.C.C. in Art. 150, dass sie sich „schwerlich damit Verschullden unnd seindt den anclegern derhalber vor got unnd der Wellt widerkhörung schulldig". Im Reichsabschied von 1532 heisst es, dass die P.G.O. Karl's V. „Gott dem Allmächtigen zu Ehr und Lob" publicirt sei, und weiter wie in der Vorrede der C.C.C., dass jeder nach dem Gesetz leben soll „und deshalben von dem Allmächtigen Belohnung zu empfangen verhofft". Auf die theologische Grundlage der C.C.C. macht insbesondere aufmerksam Abegg, Ueber das religiöse Element in der P.G.O. im Archiv des Crim. Rechts, N. F. 1852, Beilageheft.

[16]) Die Churpfälzische Landordnung von 1582 trägt auf dem Titelblatt — auch solche Aeusserlichkeiten sind für die Forschung von Bedeutung — das Motto: „Sehet zu, was Ihr thut: Ihr haltet das Gericht nit den Menschen, sondern dem Herrn; und Er ist mit Euch im Gerichte". Titelvignetten der Hamburger Statuten von 1603 sind Religio und Justitia als Pendants.

[17]) Nach Carpzov's Auslegung (Practica nova qu. 128 Nr. 42—44) soll die Räderung stets von unten nach oben geschehen ohne den in späterer Zeit häufigen z. B. im Codex iuris criminalis Bavarici von 1751 gestatteten Gnadenstoss. In Nürnberg kamen 40 Stösse beim Rädern vor. Knapp a. a. O. S. 55.

seine Zugehörigkeit zum Menschengeschlecht verneint. Wer verurtheilt ist, vor dem Tode mit glühenden Zangen gerissen zu werden, soll „vor der endtlichen tötung offenntlich uff einem Wagen bis zu der Richtstatt umbgefurt“ und dabei die Procedur vor aller Augen an ihm vorgenommen werden[18]). Das Abschneiden der Zunge, der Finger, der Ohren und das Aushauen mit Ruthen soll erfolgen an den „offenntlich inn Braunger oder halsseisen gestellten“ Delinquenten (Art. 85 und 198 C.C.C.; cf. Art. 98 C.C.B. und bereits § 147 des Bamberger Stadtrechts).

Die in obigen Vorschriften angeordnete Oeffentlichkeit[18a]) und möglichste Sinnenfälligkeit der Strafexecution trägt deutlich das Gepräge der Abschreckungstendenz. Lässt sich auch, wie sich zeigen wird, eine absolute Herrschaft der Abschreckungstheorie in den Schwarzenberg'schen Gesetzgebungen nicht behaupten, so haftet doch den meisten Strafübeln etwas vom Geiste der Maxime an, die Welcker (a. a. O. S. 151—152) die für den Despoten massgebende Maxime der „Frischerhaltung der Furcht“ nennt: „Das Denkmal der Strafe bleibe lange, und wenn es zu verschwinden beginnt, folge bald ein neues, damit die Ueberzeugung der Sklaven stets lebendig erhalten werde, wie wohlfeil ihr Blut sei.“ — In der Missachtung des Delinquenten als eines rechtlosen Subjects gegenüber dem rächenden allmächtigen Staat, welcher vor allem in der Strafe dem Einzelnen seine Souverainität fühlen zu lassen bestrebt ist, erinnert das Strafensystem der karolinischen Gesetzgebung an den von Welcker so drastisch geschilderten Despotenstaat.

Art. 131 C.C.C. bestimmt als Strafe für die Kindsmörder-

---

[18]) Für Nürnberg cf. Knapp a. a. O. S. 59. Ueber Schleifen und Zangenreissen in den italien. Statuten cf. Kohler a. a. O. II S. 132 f.

[18a]) Ueber die Oeffentlichkeit der Execution im Speierer Stadtrecht cf. Th. Harster, Das Strafrecht der freien Reichsstadt Speier in Theorie und Praxis 1900, S. 62. Characteristisch für Speier — Monatsrichterordnungen aus dem 14. Jahrhundert — ist als Strafe für Weiber das Tragen des Lastersteins durch die belebtesten Strassen (Harster S. 82).

innen, um „darinnen Verzweiffelung zu verhüetten", wo die „bequemlicheyt des wassers" vorhanden ist, anstatt der gewohnheitsrechtlichen Strafe des Lebendigbegraben- und Gepfähltwerdens den Tod durch Ertränken [18b]). Dann heisst es weiter: „Wa aber sollich ubell offt geschehe, Wollen wir die gemellte gewonheit des vergrabens unnd pfalenns, umb merrer forcht willen sollicher bosshafftigen weiber auch zulassenn, oder aber das vor dem erdrenncken die ubellthaterin mit gluenden Zangen gerissen werde . . ." (cf. Art. 156 C.C.B.) Schon in l. 16 § 10 Dig. de poenis lesen wir: „non nunquam evenit, ut aliquorum maleficiorum supplicia exacerbentur, quotiens nimirium multis personis grassantibus exemplo opus sit." In offenbarem Anschluss an diese Stelle sagt Gandinus [19]) — und er hat höchst wahrscheinlich Schwarzenberg beeinflusst — [20]): . . . quando multis crassantibus et delinquentibus opus est exemplo, ut poena unius sit metus multorum [21]), quibus casibus potest poenam augere (scil. iudex).

Noch an zwei anderen Stellen verlegt die C.C.C. expressis verbis für die Bemessung der Strafe den Schwerpunkt aus der vergangenen That in die zukünftige Wirkung der Strafe auf Andere. Art. 130 schreibt vor, dass beim Vergiftungs-

---

[18b]) In Nürnberg hielt man nicht zum Wenigsten wegen der „Unbequemlichkeit" d. h. der zu geringen Tiefe der Pegnitz am Lebendigbegraben lange fest. Knapp a. a. O. S. 57.

[19]) Tractatus de maleficiis. Rubr. „utrum poena possit augeri" N. 1.

[20]) Brunnenmeister a. a. O. S. 251 Note 2.

[21]) Dieses Schlagwort der Abschreckungstheorie „poena unius-metus multorum", welches den Einzelnen zum Object herabwürdigt, an dem ein Exempel statuirt wird, findet sich auch in den italienischen Statuten: Kohler a. a. O. II S. 16. Klassischen Ausdruck hat der Abschreckungstheorie der englische Richter Burnet verliehen, der zu einem verurtheilten Diebe sagte: „Man, thou art not to be hanged for stealing a horse, but that horses may not to be stolen." Noch drastischer ist Wallensteins Wort: „So hängt man dich unschuldig; desto gewisser wird der Schuldige zittern."

delict vor der (beim Manne mittels Rades, beim Weibe mittels Ertränkens erfolgenden) „endtlichen todtstraff zu merer forcht anndern solliche bosshafftige missthattige personen geschlaifft oder etliche griff inn ir leib mit gluenden zangen gegeben werdenn“ [22]). Dieselbe Strafschärfung bestimmt Art. 137 „umb grosser forcht willenn“ bei „fürgesatztem mordt an hohenn treffenlichen personen u. s. w.“

Trotz der ausdrücklichen Hervorhebung des Zweckes, Furcht durch die Strafe zu erregen, in dem Wortlaut der beiden zuletzt citirten Gesetzesstellen bestreitet Abegg [23]) hier einen Einfluss des Abschreckungsprincips, da nach dem Gerechtigkeitsprincipe die Schärfung der Todesstrafe in den fraglichen Fällen aus dem in der Vergangenheit liegenden Verbrechen selbst folge. Hinsichtlich des Art. 130 ergebe sich dies auch aus den Schlussworten „Viell oder wenig, nach ermessunge der person und tödtunge wie vor vonn Mordt desshalb gesetzt ist.“ Hierauf ist zu sagen: Selbstverständlich kann eine Schärfung der Strafe nicht eintreten, ohne dass in der Vergangenheit dafür ein Grund vorhanden wäre. Wenn die C.C.C. in Art. 174 will, dass Kirchendiebstählen gegenüber „Weniger Barmhertzigkeit“ bezeigt werde als weltlichen Diebstählen, so hat dies eben seinen Grund darin, dass der Gesetzgeber den Diebstahl an res sacrae für ein schwerwiegenderes Verbrechen hält als die widerrechtliche Wegnahme profaner Gegenstände. Aus dem umgekehrten Grunde erkennt Art. 146 C.C.C. gegenüber der vorsätzlichen Tödtung der durch Fahrlässigkeit verursachten „meher Barmhertzigkeit“ zu. Mit logischer

---

[22]) Die Nürnberger Strafpraxis des 15. Jahrhunderts strafte eine Ehefrau, die ihren Mann durch Gift tödtete, ebenfalls schon vor der Hinrichtung mit Reissen mittels glühender Zangen und schon wegen blosser Vorbereitungshandlungen wie Ankaufs des Giftes ein Weib mit Brandmarkung. Vgl. Brunnenmeister a. a. O. S. 69. Das Bamberger Stadtrecht ging in der Strafschärfung sogar zuweilen bis zur Viertheilung. Vgl. Zöpfl a. a. O. S. 114.

[23]) a. a. O. S. 123—124.

Nothwendigkeit wächst die Schwere der Strafe mit der Schwere des Delicts, welch letztere ebenso wie der Delictsbegriff selbst, dem Wandel der subjectiven Anschauung des Gesetzgebers unterworfen ist. Keine Gesetzgebung normirt für ein nach ihren Begriffen schweres Delict eine leichte oder für ein leichtes Delict eine schwere Strafe. Mithin ist es eine etwas wohlfeile Wahrheit, die Schärfung der Strafe daraus zu erklären, dass das Verbrechen selbst nach der Vorstellung des karolinischen Zeitalters als besonders schwer erscheine. Dies könnte Abegg mit demselben Grunde angesichts des oben gedachten Art. 131 über den Kindsmord sagen, anstatt, wie er es thut, zu betonen, dass sich dort einmal ausnahmsweise das Abschreckungsprincip gegen die Gerechtigkeit geltend mache, da ein vom Willen und der That ganz unabhängiger äusserer Umstand, nämlich das häufige Vorkommen des Delicts für die Erhöhung der Strafe ins Gewicht falle. Offenbar ist auch der Umstand, dass ein an sich schweres Delict besonders häufig begangen wird, für die gefährdete Gesellschaft ein hinlänglicher Anlass, aus dem Gesichtspunkt der Gerechtigkeit, d. h. Nothwendigkeit die Strafe zu steigern, wie ja auch Art. 113 C.C.C. die Strafe für Maass- und Gewichtsfälschung bis zur Capitalstrafe hinauftreibt, wenn das Delict „offt, grösslich unnd bösshafftig“ geschieht, wobei es allerdings aus dem Wortlaut des Artikels nicht zweifelsfrei hervorgeht, ob die Begehung des Delicts durch den Thäter oder überhaupt gemeint ist.

Worauf es aber ankommt bei der Frage, ob in den citirten Artikeln der Abschreckungszweck eine Rolle spielt, ist die Art und Weise der angedrohten Strafe. So richtig es auf der einen Seite ist, dass die P.G.O. nicht zu dem ausschliesslichen Zwecke straft, abschreckend zu wirken, vielmehr um des stillschweigend stets vorausgesetzten allgemeinen Zweckes der Erhaltung der Rechtsordnung willen, so werden doch zur Erfüllung dieses allgemeinen Zweckes Strafen verhängt — und nur so ist es zu verstehen, wenn man von einer Abschreckungs-

theorie der C.C.C. spricht —, welche auf eine terroristische Wirkung abzielen. Es ist wohl kein Zweifel, dass das Reissen mit glühenden Zangen und das Schleifen zur Richtstatt, namentlich auch mit Rücksicht auf die oben erörterte öffentliche und auf Erschütterung der Nerven des Publicums berechnete Form der Execution, abschreckend wirken sollen, abgesehen ganz davon, dass Schwarzenberg diese Absicht durch die erwähnten Zusätze „umb mer forcht willen“ u. dgl. überflüssigerweise ausdrücklich andeutet. Ueberflüssigerweise: denn auch sonst ist das Hervortreten des Abschreckungszweckes in der C.C.C. unverkennbar. Qualificirter Verrath wird nach Art. 124 ebenso wie qualificirter Mord mit einer durch Schleifen oder Zangenreissen gemehrten Strafe geahndet, ohne dass, wie in Art. 137, expressis verbis gesagt wäre, dass hierdurch Furcht erregt werden solle. Insbesondere zeigt sich auch da die Herrschaft der Abschreckungstendenz, wo verstümmelnde Strafen statuirt werden, welche dem Thäter ein bleibendes Brandmal aufdrücken und ihn gleichsam zur lebendigen Warnungstafel für seine Mitbürger machen[23a]), oder wo der vernichtenden Todesstrafe noch eine Execution am Leichnam hinzugefügt wird. Wer einen Meineid schwört (Art. 107), oder die geschworene „Urphede“ bricht (Art. 108), verliert die Schwurfinger oder die Hand. Kupplern werden die Ohren abgeschnitten (Art. 123). Gefährlicher Diebstahl wird gesühnt mit Ausstechung der Augen oder Abhauung einer Hand (Art. 159).

„Erstlich kopffen und darnach viertheillen“ befiehlt Art. 124 beim Verrath am „eigen herren, Betthgenossen oder nahend gesiptenn freundt.“ Die Viertheilung, die vom Thäter nicht mehr als Uebel empfunden wird, dient lediglich dazu, das Gedächt-

[23a]) Das Kainszeichen der Brandmarkung diente freilich auch zur Warnung Anderer vor dem Verbrecher cf. hierzu Harster a. a. O. S. 61, 77, 81. Fehlte dem Dieb bereits ein — ihm abgeschnittenes — Ohr, wusste man, man hatte es mit einem Rückfälligen zu thun.

niss der That und ihrer Sühnung in den „multi" länger frisch zu erhalten.

Neben dem Abschreckungszweck geht einher eine zerstörende Tendenz der Strafe, der Zweck der Unschädlichmachung. Die Gesellschaft ist mit dem Verbrecher „fertig"; sie betrachtet ihn als nicht mehr zu sich gehörig, er ist abgethan für sie. Die Gesellschaft soll von ihrem Feinde gesäubert werden; er wird vernichtet, ausgestossen, der Weg zurück wird ihm versperrt. Der zerstörende Charakter der Strafe spricht sich zunächst aus in der häufigen Androhung der Todesstrafe, insbesondere in Fällen, in welchen ihre Anwendung nach heutigen Begriffen entweder ein übertriebenes Schwächegefühl der staatlichen Rechtsordnung oder eine sehr unökonomische Gerechtigkeitspflege verrathen würde. So steht u. A. Tod auf qualificirten Diebstahl (Art. 159, 162), Landfriedensbruch, Münzfälschung. Auch die verhältnissmässig häufig statuirte Strafe der Landesverweisung gehört hierher. Sie trifft den Kuppler (Art. 123), den rückfälligen Dieb (Art. 161), den Volksaufwiegler (Art. 127), den Maass- und Gewichtsfälscher (Art. 113) und den Anwalt, der sich der Prävarication schuldig macht (Art. 115). Es handelt sich hier um Delicte, die auf Sitte und Ordnung eine besonders corumpirende Wirkung ausüben; namentlich gilt dies von der Kuppelei und der Volksaufreizung, bei welch letzterer zu befürchten steht, dass der Einfluss, den der Aufwiegler gewonnen hat, bei seinem Verbleiben im Lande neue Nahrung finden könnte. Wer Maass und Gewicht fälscht, darf die Wohlthaten des Verkehrs nicht mehr geniessen, gegen dessen Mittel er sich vergangen hat.

Indem das Gesetz die Strafe der Landesverweisung regelmässig zur Wahl stellt mit der Strafe des Prangers, Halseisens und der Ruthenhiebe, Strafen, welche die Person des Thäters der Verachtung der Menge preisgeben, zeigt es, dass die betreffenden Delicte zugleich als Ausdruck einer ehrlosen Gesinnung gelten.

In potenzirtem Grade lebt der Gedanke, die Spuren des Verbrechens in möglichst radicaler Weise zu verwischen, seine Erscheinung dem Horizonte der Gesellschaft zu entrücken, in einer besonderen Gattung von Todesstrafen, welche zudem der beleidigten Gottheit genugzuthun vor allen andern Strafmitteln berufen scheint. So erklärt die reinigende, läuternde Macht des Feuers, welches die dem gesellschaftlichen Organismus geschlagene Wunde ausbrennt, das verhältnissmässig häufige Vorkommen der Feuertodesstrafe. Der Feuertod ist die Strafe des Diebstahls an geheiligten und geweihten Gegenständen[24]) (Art. 172. cf. C.C.B. Art. 198), der Zauberei (Art. 109), der widernatürlichen Unzucht (Art. 116)[24a]), der Brandstiftung (Art. 125), der Münzfälscher (Art. 111)[25]). Nicht nur das Element des Feuers, welches der Strafvollstreckung auch bei dem Reissen mit glühenden Zangen dient, auch Wasser und Erde sind Verbündete der irdischen Strafjustiz. Der Verbrecher — das ist die auch der Strafe des Ertränkens und Lebendigbegrabens zu Grunde liegende Idee — soll nicht auf einfache Weise durch Menschenhand Todes sterben wie bei der Hinrichtung mit dem Schwert und dem Rade, er soll seine Strafe erhalten von der Natur, in der sich die von ihm gekränkte Gottheit offenbart hat: Lebendig begraben bezw. ertränkt soll werden das Weib, das Giftmischerin, Kindsmörderin ist, sich die Leibesfrucht abtreibt, schweren Diebstahl begeht oder Verrath übt (Art. 130, 131, 133, 159, 162, 124 C.C.C.), wie überhaupt

---

[24]) Schon das Bamberger Stadtrecht strafte im 15. Jahrhundert den Kirchenräuber wie den Gotteslästerer damit, dass er in einem Wagen in der Stadt herumgeführt, dabei mit glühenden Zangen gezwickt und hernach ausserhalb der Stadt verbrannt wurde. Vgl. Zöpfl a. a. O. S. 118. Auch in der Tiroliensis (§ 15) und Radolphzeller H.G.O., desgleichen in der Praxis der Nürnberger Gerichte steht auf Kirchenraub Feuertod. Vgl. Brunnenmeister a. a. O. S. 72.

[24a]) In Nürnberg wurde der Sodomit, auf dem Pferde sitzend, sammt diesem verbrannt. Knapp a. a. O. S. 56.

[25]) Die italienischen Statuten strafen Häresie, Päderastie und Sodomie mit dem Feuer. Vgl. Kohler a. a. O. II, S. 124 f.

beim Weibe derlei elementare d. h. unter Mithilfe der Elemente vollzogene Strafen, welche das Individuum im All der Natur aufgehen lassen, von jeher[26]) mehr angewandt worden sind als beim Manne. Vielleicht hat hier der im Volksbewusstsein stets lebendige Zusammenhang des Weibes mit der räthselhaften, unheimlich waltenden Natur das Seine gethan, haben doch auch während der Hexenverfolgungen des 16.—18. Jahrhunderts überwiegend Angehörige des weiblichen Geschlechts den Scheiterhaufen besteigen müssen, weil bei ihnen die Präsumption einer Connexität mit dämonischen Mächten galt.

Charakteristisch ist ferner für die C.C.C. das mitunter geradezu peinlich ängstliche Bestreben des Gesetzgebers, die das ius puniendi ausübende Obrigkeit nicht zu kurz kommen zu lassen, die Strafe als solche zu retten, d. h. ihre Vollstreckung, wenn irgend thunlich, zu ermöglichen. Dieses Bestreben fliesst aus der Furcht vor dem Zorn des Gottes, welcher das Schwert der Strafe der Obrigkeit „nicht umsonst“ gegeben hat.

Art. 148 C.C.C. (174 C.C.B.) befiehlt für den Fall, dass jemand in einem Raufhandel umkommt „unnd man khonndt nicht beweisslich machen, von wellicher sonnderlichen hanndt unnd that er gestorben were,“ alle am Raufhandel Betheiligten mit der Strafe des Todtschlags zu belegen[27]). Denn der Tod des Erschlagenen muss auf jeden Fall die Strafe des Todtschlags als äquivalente Sühne auslösen. Ihre Vollstreckung darf nicht an der Ungewissheit, wer der Thäter ist, scheitern. Mithin werden kraft einer Fiction Alle für schuldig erklärt; die That, nicht der Thäter wird gestraft.

---

[26]) Vom Ertränken des Weibes berichtet schon Tacitus, Germania cap. 12. Vgl. auch Lex Burg. 34, 1.

[27]) Quelle dieser Bestimmung ist die Wormser Reformation (Buch VI, Th. II, Tit. 19). Vgl. Brunnenmeister a. a. O. S. 135 und 190. Der von der Tödtung im Raufhandel sprechende § 227 unseres Reichsstrafgesetzbuchs straft alle Betheiligten wegen dieser Betheiligung, die er so zum delictum sui generis stempelt.

Nur auf denjenigen Selbstmord folgt nach Art. 135 Vermögensconfiscation, dessen Ursache Furcht vor der mit Verwirkung des Vermögens verbundenen Capitalstrafe war[28]. Nur dann sollen die „erb vnnd guter“ des Selbstmörders der Obrigkeit, „der die peinliche straff, puss und felle zusteen, heimgefallen sein“[29]. Die Capitalstrafe ist nicht mehr vollstreckbar. So nimmt die Obrigkeit das Vermögen als Abschlagszahlung.

Das Interesse der Strafgewalt, möglichst alle Verstösse gegen das Strafgesetz vor ihr Forum zu ziehen, drückt auch der von den Gerichtskosten handelnde Art. 204 C.C.C. aus, der will, dass „dardurch nymandts uberflussig beschwerdt, unnd die vorschulldten Ubelthater desto leychtlicher zu gepurlicher straff pracht, unnd auss forcht unpilliches unkostenns Recht und gerechtigkeit nit verhindert werden.“

Unter den hier erörterten Gesichtspunkt fällt auch Art. 180 C.C.C. (206 C.C.B.), welcher dem Gefängnisswärter der „einem, der peinlich straff verwurck, aushillfft, dieselbig peinliche straff ann statt des ubellthatters, den er allso aussgelassen“ androht. Die Strafgewalt greift nach einem Ersatz für das verlorene, von vornherein zur Strafvollstreckung ausersehene Object. Die That, welche der befreite Gefangene begangen hat, heischt Sühne. Da sie an seiner Person nicht gesühnt werden kann. muss derjenige eintreten, der die Sühnung der That an ihrem

---

[28]) Nach den Maximilianeischen H.G.O. ist Selbstmord an sich strafbar. Hälschner a. a. O. S. 90 Note 14 hält den Klagspiegel für die Quelle des Art. 135 C.C.C. Brunnenmeister a. a. O. S. 194 vermuthet, dass Schwarzenberg sich direct an die italienischen Juristen, namentlich an Jacobus de Bellovisu (Aurea practica criminalis) gehalten hat. Die Bambergensis straft auch den Selbstmord aus Furcht vor der Strafe eines todeswürdigen, nicht mit Vermögensverwirkung verbundenen Verbrechens, mit Confiscation. Wie die Carolina denken auch Angelus Aretinus, tractatus de maleficiis, Gl. et eius bona publ. n. 3 und Julius Clarus, Sent. rec. § fin. qu. 78 n. 1.

[29]) Diese Worte bezeichnen die Strafe als eine Schuld, welche die Obrigkeit einzieht.

Urheber hintertrieben hat, gleichsam als Strafbürge[30]. Mit Unrecht bringt Günther[31] den Art. 180 C.C.C. unter den Gesichtspunkt des Talionsprincips. Dass den Gefängnisshüter dieselbe Strafe trifft, wie die für den entwichenen Gefangenen bestimmt gewesene, ist in erster Linie nicht auf den Zweck, dem pflichtvergessenen Hüter seine That zu vergelten, zurückzuführen, vielmehr auf den Zweck, für die Sühnung der Schuld des befreiten Gefangenen ein Mittel zu finden: Dieses ist die Vollstreckung der für jene Schuld des Gefangenen erkannten, ihr entsprechenden Strafe. Der Ausgangspunkt ist nicht die neue Schuld des Hüters, sondern die alte, noch ungesühnte des Gefangenen. Wiederum sehen wir: nicht der Thäter, sondern die That ist Zielpunkt der Strafe; wiederum wie im Falle des Art. 148 C.C.C. eine Verdinglichung, eine Entpersönlichung — sit venia verbo — der Schuld zu dem Behufe, dass die Obrigkeit des der Verbrechensschuld correspondirenden Strafübels nicht verlustig gehe[32].

---

[30]) Nach Brunnenmeister a. a. O. S. 202 stammt Art. 180 C.C.C. bezw. Art. 206 C.C.B. aus dem Klagspiegel Tit. de custodia reor. Bl. 166d. Für die Richtigkeit dieser Vermuthung spricht der sich sowohl im Klagspiegel als bei Schwarzenberg findende Ausdruck „unfleiss" für die Unachtsamkeit der Wächter, welche hier wie dort im Gegensatz zur vorsätzlichen Gefangenenbefreiung eine arbiträre Strafe nach sich zieht. Bonifacius de Vitalinis, Tractatus super maleficiis, rubr. de carceribus privatis n. 7 straft vorsätzliche Gefangenenbefreiung (per fraudem custodis) mit dem Tode; entkam der Gefangene aber per negligentiam oder per ebrietatem custodis . . . „tunc punitur eadem poena qua carceratus debuit puniri". Nach Böhmer, Meditationes in C.C.C. Art. 180 § 1 p. 873 ist die Vorschrift des Art. 180 C.C.C. dem römischen und dem älteren deutschen Rechte entnommen.

[31]) a. a. O. I, S. 292.

[32]) Nicht die Talionsidee, wie Günther a. a. O. II S. 32 will, sondern gerade die Idee der Strafbürgschaft drückt deutlich aus die Fassung der von ihm citirten Gerichtsordnung von Brugg im Aargau (1620), die für den Fall, dass ein Gefangener aus den Banden entfleucht, gebietet, dass alsdann der Amtmann, der entwichen „in seine Fussstapfen stehen" und dieselbe Strafe dulden soll. Die Frankfurter Reformation

Von einem Wirken des Talionsgedankens lässt sich im eigentlichen Sinne nur dann reden, wenn die Schuld des Thäters selbst in einem sichtbaren Zusammenhange mit der Strafe steht. Dies ist von vornherein der Fall bei der reinen materiellen Talion der XII Tafeln und des mosaischen Strafrechts (Auge um Auge, Zahn um Zahn); ferner gilt dies von der sogen. symbolischen Vergeltung, welcher eine Beziehung der Strafe auf das Organ oder das Mittel, mit dem das Delict verübt ist, eigenthümlich ist (Abhauen der Schwurfinger bei Meineid, Feuertod der Brandstifter) und im Weiteren eine Beziehung der Strafe zu der Gesinnung des Thäters (Pranger und Halseisen für den ehrlosen Kuppler; s. oben S. 234). Ferner gehört hierher die sogen. analoge Talion, deren Merkmal ist, dass das Uebel, welches der Thäter einem Andern zugedacht hat, auf ihn nach dem Satze: „Wer Andern eine Grube gräbt, fällt selbst hinein" zurückfällt. (Bestrafung der wissentlich falschen Anschuldigung mit der Strafe des dem Andern insinuirten Delicts.)

All dies findet sich bei der Verhängung der Strafe des Gefangenen über den Gefangenenwärter im Falle des Art. 180 C.C.C. nicht[33]). Wir haben hier, wie gesagt, vielmehr eine Art Strafbürgschaft vor uns, wie beim Delict der Begünstigung des älteren deutschen Rechts: der Begünstiger wird mit derselben Strafe belegt, wie der Begünstigte, weil er durch sein Einstehen für den Missethäter gleichsam dessen Misse-

---

von 1578, Teil X, Tit. 1 § 17 sagt geradezu, dass die Thäter an Stelle des „Entwaltigten" leiden müssen „als wenn sie für denselben Bürgen und Selbstschuldner geworden wären." In einem von Distel unter seinen „strafrechtsgeschichtlichen Findlingen" in der Z. f. die ges. Strafrechtsw. Bd. X S. 442 aus dem sächsischen Archiv mitgetheilten Reskript des Kurfürsts August von Sachsen vom 21. August 1563 an den Schösser zu Pirna heisst es: „. . . hast du zu erachten, dass man die erstattung bei niemand als dir suchen werde."

[33]) Aus Obigem geht hervor, dass wir bis auf den Fall des Art. 180 C.C.C. mit den von Günther a. a. O. I Einleitung S. 18 Note 34 unter die Talionsidee subsumirten Katagorien einverstanden sind.

that und ihre Folge der Gesammtheit gegenüber auf sich genommen hat[34]). Brunner hebt hervor[35]), dass die Androhung der von ihm so genannten „spiegelnden“ Strafen leicht im einzelnen Falle den Schein der dem germanischen Strafrecht von Hause aus fremden Talion erzeuge. Unter spiegelnden Strafen versteht Brunner jene von uns oben dem Talionsprincip untergeordneten symbolisirenden Strafen, die in ihrem Vollzuge die Missethat, durch welche die Strafe verwirkt ist, zu sinnlich äusserlich erkennbarem Ausdruck bringen, die, kurz, das Verbrechen wiederspiegeln sollen.

Andere, wie Zöpfl[36]) sehen bereits im ältesten germanischen Strafrecht ein verstecktes rohes Talionsprincip. Wie dem auch sei, jedenfalls hat sich die Spiegelungsidee späterhin mit dem mosaischen Talionsprincip verquickt; beide sind in einander aufgegangen. Aus dieser Verquickung erhellt für unsere Betrachtung die Ueberflüssigkeit wie die Unmöglichkeit, hier zu scheiden. Es wird daher, der Kürze halber, stets vom Talionsprincip die Rede sein.

Was bedeutet nun die Geltung des Talionsprincips in der Carolina? Wenn wir von seiner Anwendung bei Schwarzenberg sprechen, so ist damit nicht ausgedrückt, dass sich das Gesetz zur Strafrechtstheorie der vergeltenden Gerechtigkeit (Abegg, Günther) bekenne. Vielmehr erscheint die Talion als ein willkommener Ausdruck des die C.C.C. im Grossen und Ganzen beherrschenden Abschreckungsgedankens, oder, um nicht den Anschein zu erwecken als sollte für die C.C.C. eine durchgeführte Abschreckungstheorie behauptet werden, des Standpunkts, den die Strafgewalt der karolinischen Periode dem delinquirenden Individuum gegenüber einnimmt und wie wir ihn im Vorigen zu kennzeichnen versucht haben: Nur Art und Form der an sich grausamen, das verbrecherische

---

[34]) Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte II S. 575, 589.

[35]) a. a. O. II S. 588—89. Vgl. Wilda, German. Strafrecht S. 158.

[36]) a. a. O. S. 110. Von „spiegelnden“ Strafen spricht auch Harster a. a. O. S. 60.

Individuum mehr oder minder vernichtenden Strafe wird durch die Talion bestimmt. Die im Voraus feststehende harte Strafe wird, wo dies angängig ist, in die Form der Talion gegossen. Dies zeigt sich insbesondere bei der Todesstrafe: Fest steht für den Gesetzgeber bei der Tödtung, Brandstiftung, dem Landfriedensbruch (u. U.), der Münzfälschung, der Verrätherei u. s. w., dass die Todesstrafe als Sühne verhängt werden muss. Das Wie, die Art und Weise ihrer Exekution aber wird vom Talionsprincip beeinflusst.

Im Einzelnen finden wir einen Niederschlag des Talionsgedankens in der C.C.C. in folgenden Fällen:

Nach Art. 137 C.C.C. (162 C.C.B.) ist Strafe des „fursetzlichen mutwilligen morders" das Rad, die des Todtschlags „aus gechheit unnd Zorn" das Schwert. Schwarzenberg erwähnt, dass nach einer von ihm ausdrücklich gemissbilligten „gewonheit etlicher gegennt die fürsetzlichen Morder und die todtschleger einander gleich mit dem Radt gericht" würden. Wahrscheinlich[37]) bezieht sich diese Bemerkung auf das Bamberger Stadtrecht (§ 143), das nur den Begriff des Mordes kennt, wie auch im Stadtbuch von Bamberg „Mord und Totschlag" stets in gleicher Bedeutung gebraucht und beide mit der allerdings nicht immer zur Anwendung kommenden ordentlichen Strafe des Rades belegt werden. Schon der Sachsenspiegel (II a. 13 § 4 und 5) kennt den Unterschied zwischen Tödtung mit Vorbedacht und der Tödtung im Affekt, „mord" und „manslat", und setzt für beide verschiedene Strafen: „. . . Alle mordere . . . sal man radebraken. Die den man slat . . . den sal man dat hovet ahslan." Auch im Nürnberger

---

[37]) Zöpfl a. a. O. S. 114 lässt es dahingestellt, da er der Ansicht ist, dass die Bamberger Gerichtspraxis Tödtung mit Vorbedacht und Tödtung im Zorn wenigstens in der Bestrafung zu trennen wusste. Er stützt diese Ansicht auf das Vorkommen der Stadtverweisung als Strafe der Tödtung, lässt aber unbewiesen, dass gerade für die Fälle des Todtschlags diese mildere Strafe eintrat. Näheres siehe Brunnenmeister a. a. O. S. 19—20.

Recht findet sich im Gegensatz zum Bamberger Recht für den Mord das Rad ohne Ausnahme, in den meisten Fällen verschärft durch vorgängiges Schleifen, für den Todtschlag die Schwertstrafe [38]). Ebenso unterscheiden Tiroliensis und Radolphzeller H.G.O. Auch die Wormser Reformation (Buch VI, Th. 2, Tit. 14) setzt nach „gewonheyt und altherkomen der stadt" die Radstrafe für Mord und für den Todtschlag die Strafe des Schwerts (Tit. 19). Brunnenmeister ist der Meinung, dass, da Todtschlag die, wenn auch mit voller Ueberlegung vollbrachte Tödtung aus ehrlichem Grunde sei, die ehrliche Strafe des Schwertes Platz greife [39]). Die Schwertstrafe ist indess auch Strafmittel gegen landfriedenbrechendes Gesindel [40]) und Nothzüchter. Auf die „Ehrlichkeit" des Delicts lässt sich die Anwendung der Schwertstrafe mithin schwerlich zurückführen [41]). Auch hier ist vielmehr die Talionsidee wirksam. Das Rad für den Mörder, für den Todtschläger das Schwert — diese Verschiedenheit der Strafe spiegelt die verschiedene Natur beider Delicte wieder. Das Rad erscheint als geeignetes Instrument, den mit kalter Ueberlegung handelnden Vernichter fremden Menschenlebens mit auskostendem Behagen langsam und qualvoll zu vernichten. Das schnell aus der Scheide gezückte, sein Werk rasch verrichtende Schwert hingegen ist das sichtlich angemessene Mittel, den impulsiv, im Affect handelnden Thäter vom Leben zum Tode zu befördern.

Die Enthauptung mit dem Schwerte ist als Talionsstrafe offenbar ferner gegeben bei allen Gewaltdelicten. Denn das Schwert ist das Symbol der Gewaltthat. Mit dem Tode durch das Schwert werden darum gestraft die Räuber (Art. 126 C.C.C.,

---

[38]) Brunnenmeister a. a. O. S. 69.

[39]) Auch Rosshirt, Geschichte und System des deutschen Strafrechts III S. 231 spricht von der „ehrlichen" Schwertstrafe.

[40]) „Lotterbuben" und „muthwillige Beschädiger" nennt Art. 128 C.C.C. die Landfriedensbrecher.

[41] Dies thut auch Harster a. a. O. S. 65.

151 C.C.B.), wie schon nach der darin sehr gleichförmigen Nürnberger Praxis[42]) und in der Tiroliensis (§ 14) und im Bamberger Stadtrecht (§ 147). Die Carolina sagt: „. . . ein jeder Bosshafftiger uberwundner rauber, solle nach vermög unnser vorfaren . . . mit dem schwert, oder, wie ann jedem ort inn dissen fellen mitt gutter gewonheit herkomen ist, doch am leben, gestrafft werden.“ In dieser Fassung liegt eine Bestätigung unserer oben aufgestellten Anschauung über die Bedeutung des Talionsprincpis für die C.C.C.: Die Todesstrafe als solche steht von vornherein unter allen Umständen fest; nur ihre Art und Form wird, falls keine entgegenstehende Gewohnheit vorhanden, dem Talionsgedanken angepasst. Das Primäre ist die Strafe des Todes, das Secundäre ihre talionsmässige Gestalt. — Auch die Nothzucht ist ein Gewaltact; daher muss der Thäter (Art. 119) „einem Rauber gleich“ die Schwertstrafe erleiden[43]). Landfriedensbruch (Art. 128 C.C.C., 153 C.C.B.) und unrechtmässige Fehde (129 C.C.C.) werden gleichfalls mit dem Schwerttode gestraft, ebenso besonders intensive Volksaufwiegelung (127 C.C.C., 152 C.C.B.). Nach Bamberger Stadtrecht (§ 147) sollen Landzwinger mit dem Strange gerichtet werden: der Strang wich aber später dem Schwerte. Die Tiroliensis (§ 52) bestimmt als regelmässige Strafe des Landzwingers („Absagen“) das Schwert; falls er auch brennt, das Feuer. In Nürnberg wurden im Jahre 1457 wegen Aufruhrs zwölf Leute, „die der sach ein anfangk waren“, d. h. Rädelsführer, mit dem Schwerte hingerichtet. Auch Landzwinger und Befehder traf nach Nürnberger Recht die Schwertstrafe, desgleichen diejenigen, welche solche Individuen bei sich aufnahmen und dadurch der strafbaren Gewaltthat Vorschub leisteten[44]). Ebenso sühnt

---

[42]) Brunnenmeister a. a. O. S. 70.

[43]) Früher wurden die Nothzüchter mit Lebendigbegraben und Pfählen gestraft in den süddeutschen Stadtrechten und Rechtsbüchern: Osenbrüggen, Alemannisches Strafrecht § 121.

[44]) Brunnenmeister a. a. O. S. 68. Wiederum tritt in dieser

mit dem Schwerte das aus dem Klagspiegel herübergenommene Delict derer, „die uffrur und copuly machen“, die Wormser Reformation (Buch VI, Th. 2, Tit. 15)[45].

Noch augenfälliger als in den bisher erörterten Fällen zeigt sich die Talion darin, dass der Delinquent mit dem Mittel, mit welchem er delinquirt hat, gestraft wird. Das Verbrechensmittel wird zum Strafmittel. So sollen „die bosshafftigen uberwundenen brenner mit dem feur vom leben zum tod gericht werden“ (Art. 125 C.C.C.), desgleichen die Münzfälscher (Art. 111 C.C.C.). Dieselben Bestimmungen finden sich im Bamberger Stadtrecht (§ 84 u. § 90)[46]. Im Falle der Münzfälschung sollen nach Art. 111 C.C.C. diejenigen, „Die ire heuser darzu wissenntlichen leihen“, ihre Häuser „damit verwurckt haben“. Mit Hülfe und unter dem Schutz der Häuser ist das Delict begangen. Dieses Hülfsmittel wird von der

---

letzten Bestimmung die Idee der Strafbürgschaft zu Tage. Vgl. Günther a. a. O. I, 236 f. und II, 36.

[45]) Man könnte versucht sein, auch in der Bestrafung des „meherer verleumbten“ Diebes mit dem Strange in Art. 162 C.C.C. einen Ausdruck der Talionsidee zu finden, da beim Diebe die Vorstellung der Heimlichkeit und List überwiegt, seine Bestrafung mithin angemessenerweise durch den in eine Schlinge gelegten Strang geschieht. Indess ist die bei dem Diebe schon im Sachsenspiegel gebräuchliche Procedur des Aufknüpfens historisch wohl darauf zurückzuführen, dass es üblich war, den in flagranti betretenen Dieb möglichst schnell mittels einer Weidenrute — Zöpfl a. a. O. S. 118 Note 12 bezeichnet diese als ältestes deutsches Hinrichtungsmittel — oder einer Kette oder eines Stranges zu tödten. Die Strafe des Stranges ist also aus dem Bedürfnis, die Sühne der That auf dem Fusse folgen zu lassen, entstanden. Ueber die Weide als Executionsmittel cf. auch Knapp a. a. O. S. 54.

[46]) Die Feuerstrafe kommt als „reale Sinnbildsstrafe“ auch in den italienischen Statuten des 13.—16. Jahrhunderts vor (vgl. Kohler a. a. O. II, S. 124 f.), ferner in der Nürnberger Praxis des 15. Jahrhunderts (auf wissentliches Verwechseln falschen Geldes stand hier Brandmalsstrafe); vgl. Brunnenmeister a. a. O. S. 70, 72. Für Münzfälschung ist Strafe der Feuertod auch bei den italienischen Juristen, so bei Bonifacius de Vitalinis a. a. O. „de poena falsantis monetam“, falls es sich um „pecunia aurea principis“ handelt, nach dem Muster der l. 2 Cod. 9, 24.

Strafe cassirt. Dass die Strafe sich gegen die bei Begehung des Delicts gebrauchten Mittel bezw. Organe richtet, trifft fernerhin zu im Falle des Meineids (Art. 107 C.C.C., 128 C.C.B.), des Urfehdebruchs (Art. 108 C.C.C., 120 C.C.B.) und des gefährlichen Diebstahls (Art. 159 C.C.C., 185 C.C.B.): Dem Thäter werden die beiden Schwurfinger [47]), welche er beim Meineid erhoben, die nach fremdem Eigenthum lüsternen Augen und Hände genommen. Der Gedanke, dass das Glied, mit dem gesündigt ist, büssen muss, wie er sich in der C.C.C. nur noch in den gedachten Fällen findet, ist ein alter [48]): Schwarzenberg beruft sich in Art. 107 C.C.C. auf den „gemeinen geprauch“ und die „gemeine, gewonliche leipstraff“, die er nicht abändern wolle. Die Tiroliensis reagirt gegen den Meineid nicht allein mit Abhauen der Schwurfinger: auch die Zunge, welche die meineidige Formel gesprochen hat, wird dem Thäter herausgeschnitten. Auf den Bruch der Urfehde jedoch steht nach der Tiroliensis die Strafe des Schwerts. Daraus erhellt, dass das Gesetzbuch von der Beziehung des Delicts auf den geleisteten Eid abstrahirt und nur das Gewaltdelict vor Augen hat. Auf alter Gewohnheit beruht auch, wie Schwarzenberg in Art. 124 C.C.C. (149 C.C.B.) sagt, die Strafe der Viertheilung bei Verrath. Während das Bamberger Stadtrecht (§ 147) selbst als Strafe der Verrätherei noch die Schwertstrafe mit vorgängigem Schleifen bestimmt, erkannte die Praxis bald, wie Zöpfl [49]) meint, durch die Härte des römischen Rechts hinsichtlich des crimen laesae maiestatis bewogen, bei Verrath am Landesherrn auf Viertheilung [50]).

---

[47]) Bei dem Urfehdebruch ist der Verlust der Schwurfinger neben der an erster Stelle genannten Abhauung der ganzen Hand alternativ angedroht.

[48]) Ueber seine Anwendung in den italienischen Statuten vgl. Kohler a. a. O. II, S. 144.

[49]) A. a. O. S. 118.

[50]) Dies geht aus dem von Zöpfl mitgetheilten Rechtsfall hervor (a. a. O. S. 140 Anh. IV n. 3), wo es heisst: „uber den (scil. Verräther)

Auch die Nürnberger Praxis[51]) kennt die Viertheilung als Strafe des Verräthers, wenn auch aus Gnade in Enthauptung und nachfolgende Viertheilung gemildert. Die Tiroliensis (§ 13) statuirt Viertheilung mit voraufgehendem Schleifen. Sie hält Brunnenmeister[52]) für die Quelle der Schwarzenberg'schen Bestimmungen. Die Viertheilung ist gleichfalls eine Talionsstrafe: Wie der Thäter seine verrätherische Gesinnung nach verschiedenen Seiten hin getragen, so soll auch der solche Gesinnung bergende Körper nach verschiedenen Richtungen der Windrose hin zertheilt werden. Bereits Livius legt mit Bezug auf die Viertheilung des verrätherischen Mettus Fufetius dem Tullus die dem Talionsgedanken Ausdruck gebenden Worte in den Mund: „Ut igitur paulo ante animum inter Fidenatem Romanamque rem ancipitem gessisti, ita iam corpus passim distrahendum dabis."

Eine Talionsstrafe ist auch das von Art. 131 C.C.C. u. U. anbefohlene Pfählen der Kindsmörderin. Hierauf hat schon Loiseleur[53]) aufmerksam gemacht: „La loi semblait dire à la mère dénaturée: C'est par les entrailles que tu périras, toi qui a fait périr le fruit de tes entrailles."

Unter das Talionsprincip fallen endlich diejenigen Thatbestände, in denen die Strafe, welche Jemand durch eine wider besseres Wissen gethane Bekundung auf einen Anderen hatte heraufbeschwören wollen, auf ihn zurückfällt. Hierher gehört zunächst Art. 68 C.C.C. (79 C.C.B.) „von falschen zeugen": „Item wo gezeugenn erfunden und uberwunden werden, die durch fallsch bosshaftig zeugkschafft ymands zu peinlicher straffe unschulldigklichen pringen oder zubringen understunnden, die haben die straff verwurckt, inn welche sy den unschulldigen, alss obsteet, habenn bezeugen wollen." Während hier das falsche

---

ward gericht mit der vierteylung unnd die stuck seines leichnams auff vier stross vor der staten gehangen."

[51]) A. a. O. S. 68.

[52]) A. a. O. S. 92.

[53]) Les crimes et les peines p. 157.

Zeugniss gestraft wird, betrifft Art. 107 C.C.C. (128 C.C.B.) den falschen Eid. „. . . Wo aber einer durch seinen fallschen eidt ymandt zu peinlicher straff schwure, derselbig soll mit der peene, dye er fallschlich uff einenn anndern schwure, gestraft werden. Wer solliche fallsche schwerer mit wissen fursetzlich und arglistiglich darzu anrichtet, der leidet gleiche peine." Art. 107 dehnt also die Talionsstrafe noch aus auf den Anstifter. Auch wer einen Andern in einer Schmähschrift „unrechtlicher unschuldiger weise laster unnd ubell zumysst, Wa die mit Warheit erfundenn wurdenn, Das der geschmecht an seinem leip, lebenn oder eeren peinlich gestrafft werden möchte: Derselbig bosshafftig lesterer soll nach erfindung sollicher ubellthat, alls die Recht sagenn, mit der pene, inn welliche Er den unschulldigenn geschmechten durch sein böse unwarhafftige lasterschrifft hat pringen wollen, gestrafft werdenn . . ." (Art. 110 C.C.C., 134 C.C.B.). Der Zusatz des Art. 110 bezüglich der Schmähschrift „zu latein Libell famoss genant" deutet auf römischen Einfluss. Die Schwertstrafe der l. 2 Dig. ad leg. Iul. mai. 48, 4 [54]) ist jedoch bereits durch die italienischen Juristen [55]) in die Talion umgewandelt.

Setzt auch für die Regel der Eintritt der Strafe eine geschehene oder wenigstens eine im Sinne des vom Versuch handelnden Artikels 178 C.C.C. „unterstandne" Missethat voraus, so enthält die C.C.C. doch als Ausnahme von dieser Regel einen Artikel (176) „von straff oder versorgung der personen vonn den man aus erzeigten ursachen, ubells unnd Missethat warten muss". Es wird die Inhaftirung einer solchen Person angeordnet „sollichen kunfftigen unrechtlichen schaden und ubell zu furkomen" so lange, bis sie „genugsame Caution" geleistet. Der Tenor eines entsprechenden Urtheils lautet

---

[54]) Brunnenmeister a. a. O. S. 256 hält diese lex für vorbildlich.

[55]) Angelus Aretinus a. a. O. „verba iniuriosa" n. 116, „et ad querelam Titii" n. 5. Bonifacius a. a. O. „de famosis libellis" n. 1 u. 5: . . . punitur eadem poena, qua puniendus esset ipse infamatus, si probatum esset contra eum.

nach Art. 195 (221 C.C.B): „Uff warhafftig erfarunge unnd befindunge genugsamer anzeigung zu bösem glaubenn, kunfftiger ubellthättiger beschedigung halber, Ist zu recht erkant, Das B. . . . inn gefenngknuss enthallten werden soll, biss er genugsame Unnd geburliche Caution unnd bestandt thut, damit Lanndt unnd leute vor ime versichert werden.“ Historischer Sachgrund der Strafe, um mit Welcker zu reden (s. oben S. 222 Anm. 1), ist also nicht ein in der Vergangenheit liegendes Verbrechen, sondern ein zukünftiges, dessen Eintritt, eben weil es zukünftig ist, ungewiss ist. Und „Vernunftgrund“, mit andern Worten der specielle Zweck der Strafe ist die Sicherung der Gesellschaft vor dieser in der Zukunft drohenden Rechtsverletzung [56]).

Während die im Vorigen erörterten Zwecke der Abschreckung und Prävention ihren Ausgangspunkt nehmen von den entweder abzuschreckenden oder zu schützenden multi, finden wir in der C.C.C. auch solche specielle Strafzwecke berücksichtigt, welche eine engere Beziehung haben, sei es, dass sich diese Beziehung auf die Person des Verletzten oder des Verletzers beschränkt. Art. 157 (183 C.C B.) verhängt für leichten Diebstahl (furtum nec manifestum) die poena dupli, Art. 158 über den besserungsfähigen fur manifestus die poena quadrupli: Diese Strafen sind an den Beschädigten zu zahlende Privatstrafen, welche den Zweck der Genug-

---

[56]) In einer von Zöpfl a. a. O. S. 21 aus dem Lorber — von Reiderschen Codex (Bl. 505) mitgetheilten Freiburger Sentenz vom Jahre 1630 ist die den oben citirten Bestimmungen der C.C.C. zu Grunde liegende Präventionstheorie zu höchst schroffem Ausdruck gelangt: Die Sentenz besagt, dass wenn auch der Delinquent wegen der zur Aburtheilung stehenden That nicht verurtheilt werden könnte, er doch deshalb hinzurichten wäre, weil er so mancherlei delicta begangen und „zu delinquieren gleichsamb ein täglichen Brauch und gewonheit gemacht“ habe. Die blosse Gewohnheit zu delinquiren — und stillschweigend die daraus resultirende Gefahr der Wiederholung — wird also unter völliger Loslösung vom concreten Fall für hinreichend zur Bejahung der Schuldfrage erklärt.

thuung des Verletzten verfolgen. Dieser Zweck tritt auch in Art. 160 hervor, inhalts dessen die Diebstahlsstrafe auch danach bemessen werden soll, wie „schedlich dem beschedigtenn der diepstall sein möge“. Welcker[57]) wenigstens nimmt den Artikel für den Genugthuungszweck in Anspruch, während man freilich ebensogut in ihm den Ausdruck des allgemeinen Princips sehen kann, dass die Höhe der Strafe von dem durch die straffällige Handlung verursachten Schaden beeinflusst wird. Dem in erster Linie in der Person des Thäters wurzelnden, in seiner Realisirung sich auch auf die Allgemeinheit erstreckenden Zweck der Besserung[58]) redet die C.C.C. gleichfalls beim Diebstahlsdelict das Wort, und zwar in Art. 158, der mildere Strafe festsetzt, wenn „der diep ein solliche ansehenliche persone, dabey sich besserunge zu verhoffenn“. Analog heisst es in Art. 184 C.C.B.: „were aber der dieb ein ehrliche person, dabey besserung zuhoffen were . . .“[59]). Charakteristisch für diese Stellen ist, dass die Besserungsmöglichkeit vom Gesetzgeber nur hinsichtlich einer „ansehnlichen“ oder „ehrlichen“ Person in Betracht gezogen wird. Auch hier sind die italienischen Juristen mass-

---

[57]) A. a. O. S. 587.

[58]) Selbstverständlich und für die Herrschaft einer absoluten Gerechtigkeitstheorie in der C.C.C. nichts beweisend ist Abegg's Bemerkung (a. a. O. S. 125), dass die Besserung in den fraglichen Artikeln nicht als Grund und Zweck der Strafe überhaupt aufgestellt wird, vielmehr nur als eine der mehreren Rücksichten bei der Strafe und deren Wahl und Ermessung im besonderen Falle.

[59]) Auch der von Nothwehr handelnde Art. 142 C.C.C. spricht von Bestrafung des in einer Nothwehr Befindlichen, bei der nicht alle „umbstennde, die zu einer gantzen entschulldigten nodtwer gehören,“ erfüllt sind, „am leib, lebenn oder aber zu puss unnd besserung“. In der Nürnberger Praxis lässt sich eine Berücksichtigung des Besserungszweckes hinsichtlich Jugendlicher nachweisen. Im Jahre 1503 wird der Sohn eines Glasers nach wiederholter Bestrafung „umb sein bekannt dieberey“ mit dem Strang hingerichtet, „nachdem enicher pesserung kein hofnung ist“. Vgl. Brunnenmeister a. a. O. S. 71—72.

gebend gewesen, die ihrerseits wiederum an den für des Strafmass oft sehr erheblich ins Gewicht fallenden[60]) Gegensatz der Römer der personae honestae und humiles anknüpfen. Gandinus[61]) lässt Milderung der Strafe zu bei einer „persona honesta“, die sich nur einmal gegen das Strafgesetz vergangen hat. —

Ein Rückblick auf unsere, den Strafzwecken der Carolina gewidmete Betrachtung hinterlässt in Folge der in die Augen springenden Präponderanz der Abschreckungstendenz und der Idee der Gottesstrafe als Gesammteindruck den Eindruck einer finsteren, schonungslosen Härte der strafenden Gewalt gegenüber dem verbrecherischen Individuum. Indess hierbei stehen bleiben hiesse nur die eine Seite der Sache sehen.

Es darf nicht ausser Acht gelassen werden, dass, so grausam und abstossend auch das Strafensystem der C.C.C. als Ganzes erscheint, doch das relative Strafmass im Rahmen dieses Strafensysystems, die gerechte Verhältnisssetzung von Schuld und Strafe jene Härte bedeutend mildert, häufig dem für die absolute und extreme Grausamkeit massgebenden Abschreckungs- und Gottgenugthuungszweck die Spitze abbricht, als ausgleichendes Gegengewicht wirkt, und dass auf solche Weise das ganze System einen menschlicheren Zug erhält. Dies wird erreicht durch den weiten Spielraum, den Schwarzenberg dem richterlichen Ermessen gewährt und die hierdurch ermöglichte Würdigung des concreten Falles. Die aus der Abschreckungstendenz folgenden schweren, extremen Strafen sind häufig alternativ festgesetzt neben arbiträren Strafen „nach gelegenheit der person“ oder „nach gestalt der sach“, wie es überaus oft in den Satzungen der C.C.C. heisst. Eine, absolute Strafe existirt nur bei der Brandstiftung, deren einzig mögliche Sühne der Feuertod ist. Im Uebrigen

[60]) Vgl. z. B. l. 11 de sepulchro viol. Dig. 47, 12 und l. 12 de incendio ruina Dig. 47, 9.

[61]) A. a. O., „utrum poena possit augeri“.

begegnen wir regelmässig einer Abstufung der zu verhängenden Strafübel: Nur der schwerste Fall der Münzfälschung zieht Feuertodesstrafe nach sich; für leichtere Fälle soll „nach gestalt der sachen“ Vermögens- oder Leibesstrafe eintreten. Der nächstfolgende Art. 112 straft Urkundenfälschung „ann leip oder leben, Nach dem die fallschung Viell oder wenig bosshafftig und schedlich geschicht“. (Vgl. auch Art. 113.) Während schädliche Zauberei dem Feuer nicht entgeht, soll Zauberei ohne Schadenzufügung nach Art. 109 „sunst gestrafft werden, nach gelegennheit der sache“. In Art. 160 spielt „der standt und das wesenn der persone, so gestolln hat“ bei der Strafausmessung eine Rolle. Auch die Gotteslästerung (Art. 106) wird gesühnt „ann leip, leben oder glidern nach gelegenheit Unnd gestallt der personen und lesterung“, ebenso die Grenzsteinfälschung (Art. 114) „nach geferlicheitt, grösse, gestallt und gelegenheit der sachen unnd persone“. Die Strafe des Ertränkens beim Giftdelict (Art. 130) kann ersetzt werden durch Todesstrafe „inn anndere weg nach gelegenheit“. Die grausame Strafe des Viertheilens bei Verrath (Art. 124) wird nicht immer verhängt: „Es möcht auch die verretherey allso gestallt sein, Man möchte ein sollichenn Missthatter erstlich kopffen unnd darnach viertheillen, das Richter unnd urtheiller nach gelegennheit der that ermessen unnd erkennen und wo sy zweifelln, Rath suchen sollen.“ Auf Rathsuchung bei den „Rechtsverständigen“ und „an enden und orten, wie zu end dieser unser ordnung (d. i. in Art. 219) angezeigt“ verweist Schwarzenberg den Richter auf Schritt und Tritt, damit er keinen Fehler begehe, „wo ein sach uber sein verstenndtnuss ist“, wie Art. 150 sagt. Im selben Artikel wird den Richtern und Urtheilern die Anwendung von „grossem ernstlichen vleiss zu grossen sachen als zwischen dem gemeinen Nutz unnd der mennschen Blut zu richtenn“ zur Pflicht gemacht; sie werden gewarnt, „eigene unvernunfftige Regell oder gewonheyt, die dem Rechtenn widerwertig sein“ aufzustellen. Gerügt wird die oft beobachtete „grosse torheit“ der Urtheiler „den unnder-

scheidt jeder sachen nit zu hören und bewegen“, woraus folge, dass sie „am Blute der Leute schuldig“ würden. Entsprechend sagt Art. 142 von zweifelhaften Fällen der Nothwehr, dass sie „gar subtile underscheid haben, Darnach herinne annders und anders, schwerlicher oder linder geurtheillt werdenn soll, welliche unnderscheid dem gemeinen Mann verstendtlich nit zu erclerenn seindt“. Auch die Fälle der fahrlässigen Tödtung haben nach Art. 146 „zu zeitten gar subtile unnderschidd, die dem gemeinen man, so ann den peinlichen gerichten sitzenn verstenndig oder begrifflich nit zu machen sein: Hierumb sollenn die urteiller . . . der verstenndigen leuthe Rat nicht verachten, sonder geprauchenn“. Dieses Rathsuchen befiehlt auch Art. 148 bei der oben erwähnten Tödtung im Raufhandel den Richtern „mit eröffnung aller umbstennde unnd gelegenheit sollicher sachen, sovil sy erfarenn khonden, Wann in sollichen fellen nach ermessigung mancherley umbstennde, das nit alles zu schreibenn, underschiedlich zu urteilln ist“.

Nicht zum Wenigsten hat auch die im Vergleich zu früheren Zeiten feine Ausbildung des Begriffs der Fahrlässigkeit, der Nothwehr, des Versuchs (Art. 178: inn einem fall harrter dann in dem andern, Angesehen gelegenheit unnd gestallt der sachen . . .), der Beihülfe (Art. 177: . . . in einem fall anders dan in dem andern . . .) dazu beigetragen, das Individuum vor generalisirender, summarischer Aburtheilung zu bewahren, wie dies auch das deutliche Bestreben der Art. 175 und 179 C.C.C. ist: Art. 175 schreibt die Berücksichtigung von „hungers not, auch jugendt und thorheit der personen“ bei der Ausmessung der Diebstahlsstrafe vor. Art. 179 fordert genaue Prüfung der Handlung eines „der Jugent oder anderer geprechlicheit halbenn wissenntlich seiner synne nit hett“. Die ängstliche Sorge, dem Individuum nicht zu nahe zu treten, leuchtet aus dem oben als Ausdruck des Präventionsprincips behandelten Art. 176 hervor, der, wie wir sahen, gefängliche Einziehung schon dann vorschreibt, wenn die Begehung eines Delicts zu befürchten ist. Der hieraus entspringenden Gefahr

für die persönliche Freiheit beugt folgende Klausel vor: „Jedoch soll solliche straff nicht leychtfertigklich oder on merckliche verdechtlickeit kunfftiges Ubells . . . sonnder mit Rathe der Rechtverstenndigen bescheen." In gleichem Sinne bezeichnet es Art. 218 als einen abzustellenden Missbrauch „dass durch die Obrikeit etwa leichtlich auch erbare personen (personae honestae!) on Vorgehende beruchtigung, bosen leymuth und andere genugsam antzeigung angegriffen und in gefengknus bracht werdenn, Und in solichem angriff etwa durch die Obrigkeit geschwintlich unnd unbedechtlich gehandelt, dardurch der angegriffen an seinen erhen nachtheill erleidet...".

Die Carolina klingt aus (Art. 219 a. E.) in die Mahnung, „in dem allem", d. i. bei der Rathsuchung „keinen muglichen vleiss zu underlassen, damit nyemande Unrecht geschehe".

Alle diese Bestimmungen, welche darauf abzielen, das Individuum nur das entgelten zu lassen, was es wirklich Strafgesetzwidriges gethan, Bestimmungen, die den Geist reinster Gerechtigkeit, um nicht zu sagen Humanität athmen, sind ein gewichtiger Beweis dafür, dass die auf der andern Seite nach unseren Begriffen vorhandene Grausamkeit der Strafen der Carolina nicht auf einer Willkür des Gesetzgebers beruht, die im Gefühl ihrer Uebermacht ihre blutdürstigen Gelüste am delictuosen Opfer auslässt, vielmehr in damaliger Zeit als gerecht, d. h. nothwendig galt und keine „Grausamkeit", d. i. eine über das Bedürfniss des Schutzes der Rechtsordnung hinausgehende Reaction gegen das Verbrechen war.

So finden wir denn in der Carolina einerseits ein grausames, mitleidloses, weil auf Abschreckung und Gottwohlgefallen berechnetes Strafensystem; andererseits tritt uns versöhnend das Bestreben entgegen, zwischen der Machtsphäre des Staats und der Freiheitssphäre des Individuums, oder, um mit Schwarzenberg zu reden, „zwischen dem gemeinen Nutz und der mennschen Blutt" auf Grund freien richterlichen Ermessens zu vermitteln.

In der Folgezeit, vor dem Herrschaftsantritt der „Aufklärungsperiode“ wurden diese beiden Seiten der Carolinischen Gesetzgebung hier die Quelle sich selbst überbietender Härte und Grausamkeit, dort der Ausgangspunkt einer, wenn auch zunächst planlos und willkürlich, so doch merklich einsetzenden Milderung des Strafensystems.

II. Kapitel.

Carpzov.

Welche Umwandlungen auch das gemeine deutsche Strafrecht, wie wir es in der C.C.C. fixirt finden, erfahren hat, theils als solches, theils als auf gemeinsamer Grundlage beruhendes, in der „salvatorischen Clausel“ wurzelndes Particularrecht, so sind doch die Grundanschauungen über die Strafe im Wesentlichen dieselben geblieben: sie tragen die unverkennbaren Züge der gemeinsamen Mutter jener Gesetzgebungen, der Peinlichen Gerichtsordnung Karl's V., an sich. Insbesondere gilt dies von dem durch die Idee der Gottesstrafe gefärbten Strafzweck der Abschreckung, der in der Periode des 16.—18. Jahrhunderts gegenüber der Karolinischen Zeit in potenzirtem Grade hervortritt und, durch die masslose Ueberhebung des fürstlichen Absolutismus noch begünstigt, eine Härte und Grausamkeit des Strafensystems gezeitigt hat, welche vielfach die Zustände des früheren Mittelalters in Schatten stellt [62]). Laut bezeugen dies die Satzungen der Ferdinandea von 1656, des revidirten Landrechts des Herzogthums Preussen von 1685, der Halsgerichtsordnung für Böhmen, Mähren und Schlesien von 1707, des Codex iuris Bavarici

---

[62]) Ausgiebiges Material hat zusammengetragen Günther a. a. O. II S. 13 ff. Vgl. auch Längin, Religion und Hexenprocesse; Abegg, Geschichte der Strafgesetzgebung in brandenburg-preussischen Landen; Berner, Die Strafgesetzgebung in Deutschland von 1751 bis zur Gegenwart; Hetzel, Die Todesstrafe S. 136 ff.; Frank, Die Wolff'sche Strafrechtsphilosophie.

criminalis von 1751, der Theresiana von 1768 und selbst noch der schon der Aufklärungsperiode angehörenden Josephina von 1787 [63]).

Der Mann aber, dessen Autorität nicht zum Wenigsten das Unvermögen der Gesetzgebungen bis ins 18. Jahrhundert hinein, sich vom Geiste der Carolina zu emancipiren, verschuldet hat, dem es hauptsächlich zuzuschreiben ist, dass, um mit Bar [64]) zu reden, inmitten vorgeschrittener Bildung und Verfeinerung gleichsam eine Zwingburg der Grausamkeit und Barbarei übrig blieb, ist Benedict Carpzov.

Sein im Jahre 1635 erschienenes Werk „Practica nova Imperialis Saxonica rerum criminalium“ enthält den typischen Ausdruck der die nachkarolinische Gesetzgebung beherrschenden Principien des Abschreckungszweckes und insbesondere den der Idee der Gottesstrafe. Gerade der Radicalismus und die Schroffheit, mit der Carpzov seinen Gedanken Geltung zu verschaffen strebte, nahm die Geister unwiderstehlich gefangen und war langer Nachwirkung sicher. Leyser [65]) sagt: Magis est Carpzovii quam legum auctoritas in animis pracmaticorum. Nicht auf seine geistige Bedeutung gründet sich die Autorität dieses erstaunlichen Scharfsinn mit erstaunlicher Beschränktheit verbindenden Mannes, sondern wie Soldan [66]) richtig bemerkt, darauf, dass er gerade das Starrste in wissenschaftlicher Form vorführt und bestehende Missbräuche durch Berufung auf die mit ungeheurer Belesenheit aus allen Enden zusammengetragenen Meinungen der Rechtslehrer und nicht zum Wenigsten auf die Bibel mit dem Scheine des Regelmässigen bekleidet. Carpzov ist gleichsam eine Incarnation der Idee der grausamen, abschreckenden Gottesstrafe.

Carpzov entwickelt seine Gedanken über die Strafzwecke

---

[63]) Siehe auch Corpus Constitutionum Marchicarum Bd. II u. III.

[64]) Handbuch des deutschen Strafrechts I S. 32.

[65]) Med. ad Pandectas Sp. 565 med. 7.

[66]) Geschichte der Hexenprozesse II S. 209.

in der Quaestio 101 (Pars III) „an poenas capitales“ seiner Practica. Als allgemeines Ziel stellt Carpzov zunächst hin den die Integrität der Rechtsordnung verbürgenden Gehorsam der Unterthanen gegen die Gesetze: „non minus poenis ac praemiis homines ad oboedientiam cogendi et a delinquendo arcendi sunt. Dann fährt Carpzov, im Besonderen die Nothwendigkeit der Strafe und sie als mit der Belohnung gleichberechtigtes Element betonend, fort: cum mala quosdam efficacius moveant quam bona nec omnes moveantur bonove quemadmodum ignominia, poenae aeque ac praemia in Republica necessariae censentur . . . ut boni per benigna promissa oboedientiam invitentur, mali per severas minas ab inoboedientia deterreantur. Wie der „eifrige“ Gott des Alten Testaments (Exod. XX) die Sünde der Väter an den Kindern bis ins dritte und vierte Glied räche (Vers 5), andererseits Barmherzigkeit thue an vielen Tausenden, die ihn lieb haben und seine Gebote halten (Vers 6), so sei es auch für den Staat erforderlich „virtutum et benemeritorum exempla praemiorum accendi promissione“ — andererseits „improbos formidine prohiberi poenarum“ (qu. 101 nr. 5). Die Pflicht der Magistratus und Principes, die Uebertreter der Gesetze zu strafen, leitet Carpzov aus dem von Gott ihnen im Deuteronomium ertheilten Auftrag ab. Vernachlässigt die Obrigkeit die Strafrechtspflege, „Deus ipsemet ad vindictam exurgit“ (nr. 8). Carpzov verdammt die Nachsicht der Obrigkeit gegenüber den Verbrechen; denn „qui parcit malis, nocet bonis“ (nr. 9). Dann wendet sich Carpzov zu den speciellen Strafzwecken: die prima causa und ratio der Strafen ist für ihn, „ut dignitas auctoritasque eius, in quem peccatum fuit, conservetur; ne scilicet praetermissa animadversio contemptum Magistratus pariat . . . Dignitatem suam magistratus conservare debet illaesam, quantum fieri potest, ne illa abutantur subditi. An zweiter Stelle wird als causa poenarum genannt (nr. 13): „quo delinquentes castigentur et cautius mercari discant . . . et ut quos majorum exempla malis non revocant, poena castiget. Geringe

Strafen sollen Platz greifen, „si emendari possint", hohe und strenge bei Besserungsunfähigkeit: „cogit namque poenarum acerbitas saepe eos, qui lenitate peiores fiunt" (nr. 14). Deutlich tritt hier der Besserungszweck hervor. Doch er wird modificirt durch die Rücksicht auf das Ganze, auf die societas hominum, welche Carpzov mit einem Corpus vergleicht, der operirt werden muss, „ne ex vulnere unico totum pereat, etiamsi membrum abscindendum esset, si alioquin malum curari non posset". Unter Umständen sei es nothwendig „ferro abscindi vulnera . . . Ut vulgare medicorum est axioma, extremis morbis extrema esse remedia adhibenda" [67]). Zweck und Nutzen der Strafe eines „Unverbesserlichen" sei, „ut saltem alii non inficiantur ab hoc, qui sublatus erit". Anstatt sich mit dieser in der „societas hominum" liegenden Begründung zu begnügen, wendet Carpzov den ängstlichen Blick gen Himmel und sagt: Saepe . . . ob unius delictum, dum non vindicatur, Deus in universum irascitur populum, wie dies das Beispiel des ungesühnten Diebstahls Achan im Buch Josua (cap. 7) beweise.

Nach Erörterung der beiden ersten causae poenarum fährt Carpzov fort (nr. 16): Tertia causa irrogationis poenarum atque vindictae est exemplum atque memoria punitionis. Ut caeteri similibus a peccatis, quae prohiberi publicitus interest, metu cognitae poenae deterreantur, nec in mores abeant maleficia. Bei der Verhängung von Strafe sei nicht nur die Person des Delinquenten in Betracht zu ziehen „sed ipsum παραδειγμα, quo alii meliores reddantur et a criminibus deterreantur". Wenngleich Carpzov den Abschreckungszweck erst an dritter Stelle aufzählt, so erklärt er ihn doch

[67]) Auch sonst vergleicht C. gern die Strafgesetzgeber und Strafrichter mit dem Arzt: In der Einleitung der hier abgehandelten quaestio sagt er, wie es einem guten Arzt rühmlicher sei, den Krankheiten vorzubeugen, als sie durch Arzeneien zu vertreiben, so sei es auch „praestabilius efficere, ne facinora perpetrentur quam si patrata condignis puniantur suppliciis."

für den wichtigsten (nr. 18): poenarum fructus omnium maximus ad exemplum pertinet. Carpzow billigt den Brauch „intuitu exempli et terroris aliis incutiendi cadavera suspensorum vel ad tempus vel in perpetuum[68]) suspensa et insepulta relinqui posse". Insbesondere wird auf den Abschreckungszweck und die „memoria punitionis" Gewicht gelegt Angesichts des crimen rapinae seu robbariae (qu. 90 nr. 18): ... Ut omni tempore omniumque in oculis spectaculum et recordatio animadversionis in raptores remaneant, prudentissime introductum fuit, ut eorundem cadavera facta executione rotae affigantur, quo praetereuntes admoniti a robbaria et spolio in viis publicis abstineant ... intuitu exempli et terroris aliis incutiendi (cf. nr. 17 qu. 101).

Namentlich aber von Interesse ist, wie Carpzov die Satzungen der Bibel für unmittelbar praktisches und verbindliches ius divinum nimmt, wie er alle Zweifel über das Zurechtbestehen und die Angemessenheit einer schweren Strafe mit dem Citat einer Bibelstelle zu vernichten wähnt, und wie er die Gottesstrafe wissenschaftlich zu fundiren sucht. Energisch bekämpft Carpzov in der qu. 101 die Meinung der Anabaptisten und Photinianer von der Unvereinbarkeit der Capitalstrafe mit der Lehre Christi im Neuen Testament. „Falsa et erronea est haec ... opinio" (nr. 25). Denn das ius divinum fordere die Todesstrafe, wie die mannigfachen, sie enthaltenden Satzungen des Alten Testaments beweisen, insonderheit das Wort „Wer Menschenblut vergiesset, des Blut soll auch durch Menschen vergossen werden" (nr. 26–28). Doch auch Christus habe (Matth. 26, 52) gesagt: „Wer das Schwert nimmt, der soll durchs Schwert umkommen." Doch selbst dann, fährt der Jurist fort, wenn sich die Todesstrafe

[68]) An dieses Denkmal in perpetuum erinnert Vers 26, Cap. 7 Josua: „Und da sie sie (Achan und Angehörige) gesteinigt hatten, machten sie über sie einen grossen Steinhaufen, der bleibet bis auf diesen Tag."

aus dem Geiste des Neuen Testaments nicht rechtfertigen liesse — sufficeret tamen, quod iuxta leges humanas (Carpzov hat das Justinianeische und karolinische Recht im Auge) sontes morte puniantur. Denn Petrus habe befohlen (I. Brief Cap. 2 V. 13): „Seid unterthan aller menschlicher Obrigkeit“ — „hoc est“, bemerkt Carpzov erläuternd, „legibus politicis ab hominibus, qui ex ordinatione divina Magistratum gerunt, constitutis“ — „um des Herrn willen.“ Das ius divinum, die Rücksicht auf den „Herrn“ heische den Gehorsam gegen die Gesetze der irdischen, von Gott eingesetzten Obrigkeit. Demnach sei auch die von dieser Obrigkeit statuirte Todesstrafe göttlicher Natur.

Carpzov setzt also voraus, was erst zu beweisen ist: die Gottwohlgefälligkeit der Capitalstrafe.

Mit dem ius divinum operirt Carpzov auch bei Erörterung des landesherrlichen Begnadigungsrechtes, welches er der Todesstrafe gegenüber nicht anerkennt (qu. 111 nr. 59 und qu. 150 nr. 33): Quanto inferior . . . Princeps, etiam summus in orbe terrarum, est ipso Deo Optimo Maximo homicidas ultimo supplicio afficere iubente, tanto minus hic mandato divino contravenire potest. Die Schranke des göttlichen Auftrags gilt für die Begnadigung auch hinsichtlich des adulterium der blasphemia, des sortilegium, der sodomia, sämmtlich „delicta lege Divina severe prohibita“ (qu. 150 nr. 29): Quia enim horum criminum reos ius divinum morte punire iubet, ne quidem summus Princeps aut Magistratus quivis superior hoc casu mortis supplicium absque causa sufficiente remittere potest.

Ebenso wie seine oben erörterte „Widerlegung“ des von den Gegnern behaupteten Widerspruchs der Todesstrafe im Allgemeinen mit dem Geiste des Neuen Testaments, ist für Carpzov charakteristisch die Beweisführung, deren er sich zur Rechtfertigung der Strafe des Stranges für den Diebstahl bedient (qu. 77 nr. 13 f.): Dem Einwand, dass selbst im Mosaischen Recht der Dieb nicht gehängt werde, wird damit die Spitze

abzubrechen versucht, dass die Obrigkeit, wie es in Römer XIII heisse, das Schwert der Strafe von Gott nicht „umsonst" empfangen habe, folglich alle Strafen verhängen müsse, welche für die Sicherheit der Bürger nothwendig würden. Kein Zweifel aber sei, dass die Strafe des Stranges im Interesse der Sicherheit erforderlich sei, denn die tägliche Erfahrung lehre, dass die Menschen „tantae ac tam desperatae malitiae" seien, „ut ne hac quidem, quae tamen acerrima est polena, a sua malitia deterreantur". Im Uebrigen kennen ja, meint Carpzov, die Diebe die strenge Strafe — deren Strenge an sich er hiermit wiederum als gerechtfertigt voraussetzt! —, die ihrer harrt, „et poenam volentes incurrunt" (nr. 24)[69]. Auch hier hält Carpzov es für angebracht, das schwere Beweisgeschütz, das allerdings niemals versagt, aufzufahren: Malitiose, sagt er von den Dieben, siquidem Deum in ministri sui (qui magistratus est) mandato contemnunt. Schon deswegen seien sie „filii mortis" und zwar „iuxta appendicem legum Mosaicarum": Morte moriatur, quia legem Domini contemsit.

Seltsam ist, auf welche Weise Carpzov der Erörterung über die Billigkeit der von der Carolina auf Diebstahl gesetzten Todesstrafe den Boden zu entziehen sucht, indem er sagt, dass, wollte Jemand diesem Gesetz den Vorwurf der Unbilligkeit machen, dieser Vorwurf fallen würde „in summum caput, Imperatorem Romanum; „eique non levis culpa imputaretur, a quo cuivis subdito pio ac Christiano sub poena sacrilegii abstinendum". Die Kritik an den Satzungen der Reichsgesetze wird also als Religionsfrevel charakterisirt und dadurch dem Unterthanenverstand abgeschnitten. Unter dem Hinweis auf den jede Möglichkeit eines Irrthums ausschliessenden Beistand der Churfürsten, Fürsten, Stände, gelehrten

---

[69]) Wir werden hierbei an Hegel's Theorie von der selbstgewollten Strafe des in der Strafe als vernünftiges Wesen geehrten Verbrechers erinnert.

Juristen und Theologen, dessen sich Karl V. bei Abfassung seiner P.G.O. bedient hätte, erklärt Carpzov die Satzung der Strangulirungsstrafe des Diebstahls für die „aequissima lex . . . omni tempore ob publicum reipublicae commodum valde necessaria“ (nr. 26 u. 27).

Während Carpzov, wie wir sahen, bei Gelegenheit der Rechtfertigung der Todesstrafe überhaupt mit Entschiedenheit der von ihm als „falsa et erronea opinio“ bezeichneten Ansicht entgegentritt, dass die im Alten Testament ausgesprochene Todesstrafe durch das Neue Testament abrogirt sei, proclamirt er hier, wo es sich um die im mosaischen Strafrecht nicht vorkommende harte Diebstahlsstrafe des Stranges handelt, gerade das Gegentheil: Quis nescit, legibus Mosaicis forensibus nos non esse alligatos . . .? (nr. 29). Immer hätten Menschen „sanioris iudicii“ die Meinung vertreten, dass Gott seine Gesetze gegeben habe „non, ut in omnem, sed definitam atque limitatam temporis perpetuitatem ad Christi nimirum adventum durarent“, wie viele seitdem in desuetudinem gekommene Strafen des Alten Testamentes bewiesen (nr. 30, 31).

Dasselbe Mittel, das Carpzov verwirft, wenn es ihn nicht zum Ziele führt, benutzt er da, wo es ihm dazu hilft, die Härte einer Strafe zu rechtfertigen [70]). Die bedenklichsten Niederschläge des Abschreckungszweckes werden unbedenklich und selbstverständlich unter dem Schutze der abstracten Formel, dass Gott die Obrigkeit zur Strafjustiz berufen habe, und dass daher Alles, was diese Obrigkeit im Namen ihres Auftraggebers verordne, schon auf Grund jener Generalvollmacht unantastbar sei. So werden uns die von der Ferdinandea im Namen der „gottliebenden Gerechtigkeit“ statuirten Strafen verständlich.

Nach derselben Methode vertheidigt Carpzov die Strafe des Wilderers (qu. 84 nr. 39 f.), indem er sagt: Non tam ratio hic ferarum quam contemptus et despectionis Principis habenda. Und in dieser Missachtung des Princeps

---

[70]) Vgl. Längin a. a. O. S. 206.

liege ein so schweres Vergehen, dass der Thäter eben wegen dieser Missachtung schon die Todesstrafe verdiene. Denn in Deuteronomium Cap. 17 Vers 12 heisse es: „Und wo Jemand vermessen handeln würde, dass er dem Priester nicht gehorchte, der daselbst in des Herrn, deines Gottes Amt stehet, oder dem Richter, der soll sterben . . .“

Diese durch das ius divinum gestützte Theorie des contemptus Principis birgt die Missbräuche und Willkür der Strafgewalt späterer Zeiten in ihrem Schosse.

All die bisher erörterten Ausgeburten Carpzov'scher Logik, diese zum Zweck der Stabilirung der abschreckenden, grausamen Gottesstrafe unbewusst dargebrachten sacrificia intellectus werden übertrumpft durch die von dem sächsischen Juristen entwickelte, in der Folge so verhängnissvoll gewordene Theorie des Verbrechens der Hexerei, eine Theorie, welche Malblank[71]) mit Recht ein unvergessliches Denkmal des menschlichen Unsinns genannt hat.

Galt es bei den übrigen Delicten, insbesondere der Gotteslästerung und Ketzerei, nur die Versöhnung der beleidigten Gottheit, so hatte es die Strafe gegenüber der Hexerei aufzunehmen mit den finsteren, der Gottheit feindlichen Mächten selbst. Der Krieg gegen den Teufel entfesselte eine blinde Leidenschaft, die sich zu einer durch die Reformation nicht eingedämmten, eher noch angefachten[72]) geistigen Epidemie steigerte: Alle Stände, Theologen, Juristen, Mediciner wetteiferten, der Gottheit Opfer zu bringen. Kurz und anschaulich zeichnet Gustav Freytag in seinen „Bildern aus der deutschen Vergangenheit“ (Bd. II, Abth. 2 Nr. 11) jene vom 16. bis zum 18. Jahrhundert dauernde Periode der Verirrung der menschlichen Vernunft: „So gross war Fanatismus, Beschränktheit und Bosheit, dass schon die Anklage (der Hexerei)

---

[71]) A. a. O. S. 223.

[72]) Vgl. C. Trummer, Sammelwerk, Hamburg 1844, Bd. III S. 97 ff.; Abegg, Religiöses in der C.C.C. a. a. O. S. 42.

fast sicher tödtete. Die Tortur wurde auf die albernste Anschuldigung angewandt. Wer die Tortur aushielt, ohne zu bekennen, gegen den wurde gerade die Fähigkeit, Schmerzen zu ertragen, zum Beweise; ebenso wurde Beweis jede Art von zufälligen Symptomen, ein Mal am Körper, das äussere Aussehen, zahlreiche Zufälligkeiten. Das Vermögen der Verurtheilten ward confiscirt, Habsucht und Rachsucht der Richter vereinigten sich mit Roheit und Dummheit [73]).“ In einem Jahrhundert wurden hunderttausend Zauberer weiblichen wie männlichen Geschlechts verbrannt. Ein grosser Theil geistiger Mitschuld an diesen, einen unverwischbaren Schandfleck in der Menschheitsgeschichte bedeutenden Justizmorden entfällt auf den auch in eigener Praxis sehr fanatischen Hexenmeister Carpzov und seine Hexentheorie in den „Practica“, welch letzteren man mit Recht den Namen „protestantischer Hexenhammer“ beigelegt hat [74]).

---

[73]) Soldan a. a. O. giebt eine ausführliche Analyse der Entstehung des Zauberglaubens. In der Einleitung S. 8 definirt er ihn als das Ergebniss einer verirrten Reflexion über die Causalität der Naturerscheinungen. Vgl. auch Schopenhauer's „Wille in der Natur“, insbes. das Capitel über animalischen Magnetismus und Magie, wo S. den grausamen Eifer der Kirche gegen die Magie zum Theil zurückführt auf eine dunkle Ahnung und Besorgniss, dass die Magie die Urkraft an ihre richtige Quelle zurückverlege, während die Kirche ihr eine Stelle ausserhalb der Natur (in einem persönlichen Gott) angewiesen hatte.

[74]) Längin a. a. O. S. 202. Wie Recht L. mit dieser Bezeichnung hat, lehrt ein Blick in die qu. 49 nr. 30 f. der Carpzov'schen Practica, wo die auch in dem auf der Bulle Innocenz' VIII. „Summis desiderantes“ beruhenden Malleus maleficarum von Institor und Sprenger (1489) erörterte Möglichkeit der fleischlichen Vermischung menschlicher Wesen mit Dämonen mit lächerlichem Ernste breit erwogen wird. Carpzov tritt für diese Möglichkeit ein, verneint aber die Möglichkeit, dass aus solcher commixtio diabolica menschliche Wesen gezeugt werden könnten; doch oft seien aus solchem concubitus partus entstanden „instar vermium“, „böse Dinger“, „Elben“, die hernach den Menschen in Arme und Beine gebracht wurden und ihnen so Schaden zufügten (a. a. O. nr. 39). Ein fernerer Beweis, wie sehr der protestantische orthodoxe Jurist unter dem

Da wir es hier nicht mit dem Verbrechensbegriff, sondern mit der Strafe zu thun haben, so sei nur so viel gesagt, dass während Anfangs (so in den Schwarzenberg'schen Gesetzen) nur die mit Anrichtung eines Schadens verbundene Zauberei als todeswürdiges Delict galt, bereits in den Sächsischen Constitutionen von 1572, deren Bestimmungen Carpzov mit dem ihm eigenen Sophismus in die Carolina hineininterpretirt (qu. 49 nr. 7), die mit Hülfe des Teufels vollbrachte, auf einem frevelhaften Abfall von Gott beruhende [75]) Hexerei an sich, also ganz abgesehen davon, ob sie im Erfolg schädlich war oder nicht, mit dem Feuertode gestraft wurde — eine Auffassung, die sich bis auf den fast um zweihundert Jahre jüngeren Codex iuris Bavarici Kreittmayr's vererbt hat, der noch von öffentlichem oder heimlichem Bündniss oder fleischlicher Vermischung mit dem Teufel spricht [76]).

In der Strafe darf nach Carpzov zwischen Mann und Weib kein Unterschied gemacht werden. „Denn“ in Vers 27 Cap. 20 III. Buch Mosis sei bestimmt: „Wenn ein Mann oder Weib ein Wahrsager oder Zeichendeuter sein wird, die

Banne des päpstlichen Hexenhammers steht, sind die Beweisregeln, welche er für das „crimen exceptum“ der Hexerei aufstellt; keine andere Gewissheit sei zur Verurtheilung nöthig „quam quae haberi potest“ (nr. 60). Siehe Beispiele solchen „Beweises“ aus der Praxis bei Soldan a. a. O. I S. 341 f. Ueber regellose willkürliche Anwendung der Folter und das hinterlistige Vexirfragesystem des Hexenhammers, das schon im 16. Jahrhundert in der Praxis florirte, vgl. Soldan a. a. O. I S. 350 f.; Längin a. a. O. S. 88.

[75]) „So Jemand in Vergessung seines christlichen Glaubens mit dem Teufel Verbündniss aufrichtet . . .“ heisst es in const. II der Sächs. Constit. Ueber diese schon vom Jesuiten Martin Delrio (geb. 1551) vertretene geistige Verbindung von Zauberei und Ketzerei vgl. auch Haas, Hexenprocesse, Tübingen 1865, S. 66, und Vilmar, Zur neuesten Culturgeschichte Deutschlands 1867, Bd. III S. 158. V. spricht von dem „unter dem Namen und der Form der Hexerei stattfindenden Abfall vom Christenthum“.

[76]) Wie Carpzov pactio expressa“ und „p. tacita“ cum daemone unterscheidet (qu. 49 nr. 12).

sollen des Todes sterben." Die Ferdinandea von 1656 (Theil II Art. 60) mildert die Feuerstrafe „bey bussfertigen Leuten" durch die vorgehende Enthauptung. Ueber diese Milderung lässt sich auch Carpzov (qu. 49 nr. 76) aus; er macht sie aber davon abhängig, dass die Reue vor die Anklage fällt. Die Praxis des 17. Jahrhunderts liess den Reumüthigen die Gnade des Schwertes oder des Stranges angedeihen, „dieweil eine christmilde und gottliebende Obrigkeit sich zu besorgen hat, es möchten etliche von solchen Malefikanten so sie alle lebendig sollten verbrennet werden, aus Verbitterung oder grosser Kleinmutigkeit in grössere Sünd oder Verzweiflung geraten und von einem Feuer ins andere [77]) — dafür der gütige Gott sein wolle — wandern", wie es in einer bei Soldan (a. a O. I S. 412) erwähnten approbirten Instruction von 1629 heisst. Der wahre Grund, weshalb die „christmilde, gottliebende" Obrigkeit dem Reuigen eine Milderung in Aussicht stellt, liegt vielleicht tiefer: Man wollte durch die zahlreichen reuigen Geständnisse der Hexen, von denen uns Carpzov berichtet, und wie sie eben durch die Furcht vor dem Feuertode veranlasst wurden, die Realität des Verbrechens selbst erweisen und die Hexenverfolgungen an sich rechtfertigen: Das letzte Ziel der Strafmilderung war nicht die Schonung der Person im Einzelnen, sondern die Grausamkeit im Allgemeinen.

---

[77]) Der Auffassung der irdischen Strafe als eines Vorgeschmacks der jenseitigen begegnen wir in der nachkarolinischen Periode häufig. Das Landrecht von Baden-Baden von 1588 (Tit. V, Theil V, § 7) sagt: . . . weil du . . . so hart wider deinen Gott und schöpfer gesündigt, so ist es auch billich, dass du in diesem leben wieder leydest und als den Tod und Pein gar nit fürchten, welches doch alles gegen der ewigen Pein ein kühler Tau . . . Dieselbe Stelle verbreitet sich über die „Pein des höllischen Feuers" und über ein „ewiglich brennen und brathen".

III. Kapitel.

Schluss.

Vorboten der Aufklärung.

Die mächtige Bewegung der Aufklärung, welche um die Mitte des 18. Jahrhunderts die Geister ergriff und für das Strafrecht durch Namen wie Montesquieu, Beccaria, Sonnenfels u. A. gekennzeichnet wird, fiel selbstverständlich nicht vom heitern Himmel herab, sondern musste, wie jeder kulturelle Fortschritt, ihre Anknüpfungspunkte im Vergangenen und Bestehenden suchen: Was in der im Grossen und Ganzen das Gegentheil von „Aufklärung" bedeutenden, nachkarolinischen Periode willkürlich und sporadisch einem freiheitlicheren, individualistischeren Geiste huldigt, das fasst die „Aufklärungsperiode" und die auf ihr beruhende Gesetzgebung zur Einheit des Systems zusammen.

Zunächst war es in der auf die Carolina folgenden Periode die Praxis, welche durch willkürliche Auslegung des Gesetzes und künstliche Zuschneidung des Verbrechensbegriffes ihren mildernden Einfluss gegenüber den grausamen Abschreckungsstrafen der C.C.C. geltend machte. Auch hier wiederum folgte die Praxis der Autorität Carpzov's, welcher in seinen „Practica" den Grundsatz aufstellte, dass alle Strafen ausserordentliche und darum arbiträre seien, somit selbst die absolut bestimmte Strafe vom Richter nach seinem Ermessen in eine andere umgewandelt werden könne: „cum hodie omnia fere crimina sint arbitraria et extra ordinem puniantur" (qu. 24 nr. 9; cf. qu. 14, nr. 2, 3, 4, qu. 18 nr. 1, qu. 25 nr. 1, qu. 102 nr. 17, qu. 133, qu. 143 nr. 90, qu. 150 nr. 7, 28). Auf Grund dieser Theorie schränkte die Praxis das Anwendungsgebiet der in der P.G.O. Karl's V. angedrohten poena ordinaria wesentlich ein, indem auf diese ordentliche Strafe nur in einem möglichst conkret und individuell bestimmten Fall erkannt wurde, während man für alle anderen, von diesem conkretisirten Thatbestand

abweichenden Fälle durch Verhängung einer ausserordentlichen Strafe freie Hand gewann. So z. B. beim Diebstahl nach dem Vorbilde Carpzov's:

Während Carpzov, wie wir im vorigen Capitel sahen, in qu. 77 sophistisch die Nothwendigkeit der Capitalstrafe als absoluter Strafe des Diebstahls beweist, schlägt ihm in qu. 78 das Gewissen, und er beeilt sich, zu betonen, dass die poena suspendii nicht unterschiedslos für jede Art des Diebstahls Platz greife. Nur das „furtum magnum, quod quinque solidorum aestimationem excedit... laqueo punitur" (nr. 13). Ferner legt Carpzov den „vom stelen zum dritten mal" handelnden Artikel 162 C.C.C., indem er die Schlussworte des vorhergehenden Artikels heranzieht, so aus, dass die drei auf einander folgenden Diebstähle zusammen die Summe von fünf solidi erreichen müssten, damit die Capitalstrafe eintrete. Hieran hielt sich die Praxis, welche ferner bei Fleischesverbrechen die „immissio seminis" verlangte. Dieser Ansicht tritt Carpzov (qu. 75 nr. 41) zwar entgegen, redet der milderen poena extraordinaria aber wenigstens dann das Wort, wenn „nimius amor" oder „amoris furor" die Jugend zur Nothzucht verleitet hat. (nr. 51.)

Während Carpzov (qu. 42 nr. 35 f.) den Feuertod bei Münzfälschung auch befürwortet, wenn die gefälschte Münze keine kaiserliche Reichsmünze ist, da jede Münze, auch die des princeps inferior oder eines Status imperii als moneta sacri Romani und daher als kaiserliche zu gelten habe (nr. 38), sagt der etwa hundert Jahr später lebende Böhmer[78]): Longe indulgentior est praxis, welche Feuerstrafe überhaupt nicht verhänge und auf Tod nur dann erkenne, wenn es sich um Fälschung einer Reichsmünze im eigentlichen Sinne handele[79]).

---

78) Meditationes in C.C.C. ad Art. 111, § 5 u. 6, S. 369, und Observationes in Carpzovii Practica ad qu. 42 nr. 29 (Theil I, S. 105).

79) Diese Unterscheidung erinnert an die oben erwähnte Unterscheidung der italienischen Doctrin.

Bei dem Vergiftungsdelict wird die Verhängung der ordentlichen Strafe von der Gewissheit abhängig gemacht, dass der Verletzte an der Vergiftung gestorben ist (qu. 21 nr. 2 der Practica). Auch dann cessirt die poena ordinaria, wenn der Thäter den „animus occidende sive nocendi" nicht gehabt hat, und der Tod „praeter intentionem" eingetreten ist (nr. 13). Daher soll die, wenn auch im Erfolg tödtliche, Beibringung eines Liebestrankes nicht mit dem ultimum supplicium, sondern nur mit relegatio oder einer anderen poena arbitraria geahndet werden. Bei Fehlen des „animus occidendi et parricidii perpetrandi" wird auch die ordentliche Strafe des parricidium nicht verhängt (qu. 15 nr. 27.)

Wie weit die Praxis in der willkürlichen Einengung des Verbrechensbegriffs ging, lässt sich ermessen aus der Klage Brunnemann's, Nachfolgers und Gegners von Carpzov; er schreibt in seinem 1648 erschienenen Tractatus de inquisitionis processu, es seien so viel limitationes et exceptiones poenarum ordinariarum, ut, si numerum exceptionum inire velimus, plures essent exceptiones quam exempla regulae. Procul dubio — ruft Brunnemann aus — inter homicidas ita vix decimus erit, qui poenam capitalem mereatur. Itane — fügt er sorgenvoll hinzu — Deum placabimus? Itane calamitatum finem exspectabimus?

Auch von der rohen Strafform der Talion emancipirt sich die Praxis allmählich. Während hinsichtlich der Pasquillanten Carpzov[80]) ebenso wie sein Vorbild Mathias Berlich[81]) die poena talionis noch als regula „aequitate firmata" und der „naturalis ratio" entsprechend hinstellt, bezeichnet er die Talion hinsichtlich anderer Delicte als antiquirt, z. B. bei der falschen Anschuldigung: moribus nostris poena talionis . . . passim in desuetudinem abiit. Carpzov sagt auch, warum: ex ea potissimum ratione, ne metu propriae salutis ab accu-

---

[80]) Qu. 98 nr. 8, 15.

[81]) Concl. pract. P. V. concl. 67 nr. 11.

satione quis desistat et sic crimina remaneant impunita (qu. 105 nr. 6, 106 nr. 40) — also ein politischer, ausserhalb der Person des Thäters liegender Grund. Nach Böhmer ist auch im Falle des Delicts des Art. 110 C.C.C. die Talion nicht mehr praktisch[82]) und bezüglich des falsum testimonium sagt er[83]): In causa capitali praxis usum talionis ignorat. Die Talionsstrafe lasse die Praxis nur zu bei der Geldstrafe und der extraordinaria poena der fustigatio und der Verurtheilung ad operas publicas.

Was die bürgschaftsähnliche Strafe des Art. 180 C.C.C. für den Fall der Gefangenenbefreiung anlangt, so lässt Carpzov dieselbe willkürlich nur dann eintreten, wenn die Befreiung mit bewaffneter Hand oder von Mehreren zugleich ausgeführt ist. Sonst sei auf abiträre Strafe zu erkennen, die nicht über den Staupenschlag hinausgehen dürfe (qu. 111 nr. 108). Eine spätere Praxis verurtheilte regelmässig zu arbiträrer Strafe, wie uns Böhmer[84]) bezeugt.

Ein, wenn auch schwacher, Fortschritt zur Humanität, zur Berücksichtigung des Individuums als einer wirthschaftlichen Kraft, lässt sich begrüssen in dem die gemeinrechtliche Doctrin in zwei Lager spaltenden Streit darüber, welche Hand der Verbrecher, wenn das Gesetz nicht ausdrücklich die rechte nenne, einbüssen müsse. Während sich die Einen im Sinne des Talionsgedankens für den Verlust derjenigen Hand aussprachen, die bei Ausübung des Delicts thätig geworden ist, d. h. also in der Regel der rechten, entschieden sich die Anderen im Anschluss an die italienische Jurisprudenz und an Carpzow dafür, dass dem Delinquenten die Hand abzuhauen sei, welche er am leichtesten entbehren könne, also gewöhnlich die linke.

---

[82]) Med. in C.C.C. ad Art. 110 § 8 p. 361 ff. und Observ. obs. 2 ad qu. 98 nr. 11, p. 1189 ff.

[83]) Med. ad Art. 68 § 1, S. 257 und Observ., obs. 3 ad. qu. 46 nr. 55, I, 115.

[84]) Med. in C.C.C. ad Art. 180, p. 874 ff.

Clarus[85]) sagt: „Si condemnatus habet unam manum bonam et aeteram aridam, debebit ei amputari manus arida." Und nach Carpzov büsst der Thäter mit der Hand, „quae est debilior et qua magis reus carere potest." (qu. 40 nr. 43.) In humaner Anwandlung macht Carpzov hier einmal eine Ausnahme von dem von ihm sonst über die Nothwendigkeit der materiellen Talion ausgesprochenen Grundsatz (qu. 47 nr. 10), es sei „aequum", ut poenam in membris delinquentibus rei sentiant et in eo puniantur, in quo deliquerunt[86]). Matthäus hingegen verwirft in seinem Commentar zu den „libri terribiles" (1644)[87]) die materielle Talion grundsätzlich, als der „iustitia distributiva" widersprechend.

Schon die C.C.C. hatte auf Meineid und Urfedebruch nicht mehr den Verlust der ganzen Schwurhand, sondern nur den der beiden Schwurfinger gesetzt[88]). Böhmer berichtet, dass die Praxis beim Meineidigen stets zufrieden sei mit der „solutio priorum articulorum", ja mitunter die verstümmelnde Strafe, auch wenn diese vom Gesetz absolut statuirt sei, ganz verschmähe und dafür „condemnatio ad operas publicas" eintreten lasse. Auch betreffend den Urfedebruch sagt Böhmer, die „condemnatio ad operas publicas" und der „carcer" seien „principiis iuris nostri magis conforme"[89]).

Einen Anknüpfungspunkt zur Herstellung einer solchen „Conformität" der Strafarten mit dem auf Milderung der alten blutgeschriebenen Gesetze gerichteten Zeitgeist, zu einem milderen Strafensystem überhaupt boten die von der Carolina noch in sehr geringem Umfange statuirte Geldstrafe (Art. 157 und 158 bei Diebstahl) und namentlich die Verstrickung, wie sie Art. 161 für den zweiten Diebstahl alternativ neben

[85]) Sentent. rec. lib. V § fin. qu. 69, nr. 4.

[86]) Ebenso denkt Berlich, Concl. pract. P. IV concl. 1 nr. 74.

[87]) Ad. libr. 47, Tit. 4 de injur. cap. II, § 2.

[88]) Vgl. Günther a. a. O. II S. 61 hinsichtlich der Particulargesetzbücher.

[89]) Med. in C.C.C. ad Art. 107, § 7 und ad Art. 108.

der Landesverweisung als Gegenstück dazu mit den Worten anordnet: „... oder inn demselben zirck oder ort, darinne er Verwurckt hatt, ewigklich zu pleiben verstrickt werden ...“ In dieser noch primitiven Hemmung der Bewegungsfreiheit kann der Vorläufer der Freiheitsstrafe erblickt werden, welche den Hauptwendepunkt zur Anbahnung des modernen Strafrechts bedeutet. —

Schon in den Sächsischen Constitutionen von 1572 wird die Gefängnissstrafe als arbiträre Strafe häufig angedroht. Const. VII der „sonderlichen Constitutionen“ straft die Wilddiebe wahlweise mit Landesverweisung, „sechsjähriger Galeeren-, Metall- und dergleichen stetswährender Arbeit“, in schweren Fällen mit ewigem Gefängniss oder ewiger Zwangsarbeit. Die zu ewigem Gefängniss Verdammten sollen jedoch „an leidlichen Oertern und Stellen erhalten, mit ziemlicher Leibesnothdurft versehen, und durch die Härte des Gefängnisses ihnen am Leben nicht Verkürzung zugefügt werden“.

Die für Wilddiebstahl ebenfalls zulässige, sehr schmerzhafte Strafe des tratto di corda soll wenigstens nicht von allzu nachtheiligen Folgen für den Verbrecher sein: „Dem Gestreckten sollen die Glieder wieder eingerichtet und stets währende und beharrliche Lähmung so viel möglich verhütet werden“. Auch die Fusslähmungsstrafe soll „dergestalt ziemlich“ vollzogen werden, „dass es den so zur Lahmen gehauen oder geschlagen“ Wilddieben „nicht zum Tode gereicht“.

Diese Bestimmungen zeigen bereits ein deutliches Streben, der Strafe ihren alten, vernichtenden Charakter zu nehmen, eine Sühne herbeizuführen, welche die wirthschaftliche Kraft des Gestraften nicht ganz lahm legt, sie vielmehr nach Möglichkeit conservirt und nutzbar macht. Die Tendenz der Ausrottung des Verbrechers, wie sie in der karolinischen und nachkarolinischen Epoche im Grossen und Ganzen vorherrscht, beginnt der „iustitia distributiva“ einer mehr ökonomischen und daher humaneren Strafrechtspflege zu weichen.

Eine ziemlich ergiebige und qualitativ bedeutsamere Quelle als die der Sächsischen Constitutionen für Annäherungen an den Geist des modernen Strafensystems ist die auf der anderen Seite ein Uebermass von Härte und Grausamkeit aufweisende Niederösterreichische L. G. O. von Ferdinand III. (die „Ferdinandea“ von 1656). Unter den „extraordinari Straffen“, welche so vielfältig und unterschiedlich seien „als fast die Thaten selbst“ nennt das Gesetz (I. Theil, Art. 52) an erster Stelle die „Ungarischen Gränitz-Häuser, dahin einer ... auf sein Leben lang oder auf gewisse Zeit umsonst zu arbeiten oder ohne Sold zu dienen verschaft wird“ und zwar zur Arbeit „in Band und Eisen“, wie es auch die Stadt-Grabensstrafe“ ist. Diese Strafen dürfen jedoch — und in dieser Clausel zeigt sich die im Grunde noch gegen sie bestehende Abgeneigtheit — nur mit Zustimmung der „Landes Fürstlichen Regierung“ erkannt werden. Ferner werden als arbiträre Strafen angeführt: Halseisentragen (§ 8), Oeffentlich in Band und Eisen kehren (§ 9), Gefängnuss auf ein benannte Zeit (§ 10), „denen Kranken im Spittal in Eisen warten“ (§ 12). Die von der geistlichen Obrigkeit näher zu bestimmende „offentlich oder heimlich geistliche Buss“ (§ 13) deutet auf den Besserungszweck der Strafe. Endlich wird noch die Geldstrafe hinzugefügt, welche „meistens zur Erhebung deren Spitälern, Schulen, Kirchen und Gebäuen für das gemeine Wesen, sonderlich in Städt und Märkten angewendet werden solle“ (§ 15) — wiederum ein Ausdruck des Gedankens, dass die Strafe der Gesellschaft keine Einbusse an Kraft, vielmehr, wenn möglich, einen Ausgleich für die durch das Delict verursachte Schwächung bringen soll.

In den Anmerkungen von Joseph Bratsch zur Ferdinandea ist eine Hofresolution über den Unterschied der härteren, mittleren und geringen Bergwerksarbeiten vom 12. Juli 1729 enthalten, die Arbeits- und Ruhezeit wie Löhnung genau vorschreibt und zu den „operae Metalicae“ nur „lauter gesunde, starcke und brauchbare Leut“ zulässt, die vorher „durch

Medicum et Chirurgum visitiret" worden. — In der Anmerkung zu Art. 49 der Ferdinandea berichtet Bratsch, dass die Strafe der Fustigatio und Relegatio in verschiedenen Gegenden ganz aufgehoben sei „weilen hierdurch die Delinquenten als zur Treibung ehrlicher Profession untüchtig gemachte Leute gleichsam genöthigt werden, an Statt der zu intendiren stehenden Besserung den liederlichen Lebenswandel ferners nachzuhängen". Auch in Oesterreich, sagt Bratsch weiter, ist durch Patent vom 11. Februar 1716 die Strafe der durch die fustigatio und relegatio aus der Gemeinschaft aller ehrlich gehaltener Leuten auf einmal verstossenen, annebst von allen Hülfsmitteln entblössten, zu allerhand desperata Consilia geneigten Individuen in die Galeerenstraf allergerechtigst abgeändert, sofern die Personen zur Ruderbank tauglich, da wie das Patent bemerkt, „Ziel und Ende deren Strafen vielmehr die Galeeren als die infame Ruthen-Straf erreiche". Denn die Ruthenstrafe sei eine „Staffel", auf der die Verbrecher zu mehreren und neuen Verbrechen verleitet würden. Zur Ruderbank untaugliche Personen sollen in ein Zucht- oder Arbeitshaus gesteckt werden, wo sie u. A. zeitweilig der Züchtigung unterliegen. Handelt es sich um einen „schon mehrers erhärteten Böswicht", bei dem weniger schwere Zwangsarbeit nichts gefruchtet hat, so soll er „mit einem etwas empfindlicheren opere publico" belegt werden. Landstreicher und Arbeitsscheue werden in Arbeitshäuser geschickt „nicht zwar zu der Straf, sondern bloss zu dem Ende . . . damit sie allda gegen billigen Lohn zu der Arbeit, welche sie bis anhero geflohn, mit Gewalt angetrieben, infolglich von dem bisherigen Müssiggang in eine versicherte Brodgewinnung übersetzet werden mögen . . ."

Wir sehen: An Stelle der Ausstossung des Verbrechers aus der menschlichen Gemeinschaft, seiner Verfeindung mit der Gesellschaft, wie sie die nothwendige Folge der im Geiste der Carolina gehaltenen Strafübel ist, macht sich allmählich das Bestreben geltend, dem Verbrecher den Weg zurück zur

Gesellschaft offen zu halten, ihn wieder zu einem brauchbaren Mitgliede derselben werden zu lassen. Eine erzieherische, wiederaufrichtende Tendenz der mit der polizeilichen Prophylaxe Hand in Hand gehenden Strafe wird bemerkbar. Die blind wüthende Reaction setzt sich um in ein bewusstes Handeln nach Zwecken. Die triebartige, zur vernünftigen Reflexion nicht kommende Gottesstrafe wird nach und nach abgelöst durch die über sich selbst nachdenkende Menschenstrafe. Der Strafgesetzgeber hört leise auf, Theologe zu sein; die Strafe streift das Gewand der grausam rächenden Gottheit ab und wird milder.

War das Ziel der abschreckenden Gottesstrafe die That, was eine Generalisirungsmethode zur Folge hatte, so beginnt die Strafe nunmehr, ihr Augenmerk auf den Thäter zu richten und zu individualisiren. Dementsprechend tritt ein stärkeres Nebeneinander der speciellen Strafzwecke hervor[89]); dem Abschreckungs- und Sicherungszweck stellt sich der Besserungszweck mässigend gegenüber.

Trotz der Vorherrschaft der Idee der rächenden Gottesstrafe und des Abschreckungszweckes bereitet sich in der nachkarolinischen Periode die Ausscheidung der auf Vernichtung und Zerstörung des verbrecherischen Individuums abzielenden Strafarten vor und ihr Ersatz durch die das sühnende mit dem ökonomischen Element verbindende Freiheitsstrafe: Beides vollzieht sich in der modernen Strafgesetzgebung auf Grund der in der Aufklärungsperiode festgestellten „allgemeinen Menschenrechte“ d. i. der Freiheitsrechte des Individuums gegenüber der Staatsgewalt.

---

[89]) Vgl. die Einleitung.

VII.

Die agrarischen Rechtsverhältnisse im türkischen Reiche.

Von

Comthur **Milan Paul Jovanović** in Vukovar a. d. Donau, Syrmien-Slavonien.

Die persönliche Fähigkeit, Grundbesitz zu erwerben, ist weder durch persönliche Freiheit noch durch türkische Staatsbürgerschaft, mohamedanischen Glauben oder männliches Geschlecht bedingt.

Der Fall der Sklaverei ist nicht häufig, er besteht aber und ebenso ein Sklavenpeculiarrecht. Die Sklaverei ist nach türkischem Recht nicht die Negation der Rechtsfähigkeit. Ueberträgt der Eigenthümer ein Grundstück seinem Sklaven oder seiner Sklavin, so kann er die Uebertragung nicht rückgängig machen und sich in die Verwaltung dieses Peculiums nicht einmengen. Nach dem Tode des Sklaven fallen die Grundstücke nicht an den Herrn zurück, sondern an die gesetzlichen Erben des Sklaven. Den Fremden, d. i. den nicht türkischen Unterthanen, wurde im Jahre 1867 die Fähigkeit verliehen, Grundbesitz im türkischen Reiche, — ausser der heiligen Provinz Hedjas — zu erwerben. Durch dieses Gesetz vom Jahre 1867 ward übrigens den Fremden bloss die Besitzfähigkeit an Grundstücken überhaupt,

nicht aber die Fähigkeit, Grundstücke im Erbwege nach türkischen Unterthanen zu erwerben, eingeräumt.

Zweifelhaft ist auch nach türkischem Rechte die Besitzfähigkeit der nichttürkischen Unterthanen an Grundstücken mohamedanisch geistlichen Privateigenthums. Neuestens ward nothwendig befunden, auszusprechen, dass den Unterthanen des serbischen Königreichs die Fähigkeit zukommt, Grundstücke im türkischen Reiche zu erwerben.

Den Nichtmohamedanern wurde die Gleichberechtigung mit den Anhängern des Islams in türkischem Reiche schon von Tahir Pascha und Omer Pascha, sowie durch den, nach dem Pariser Congress erlassenen Hat-Humajum zugesichert [1]). Im Jahre 1876 wurde ausdrücklich die Gleichberechtigung bezüglich des Erwerbs von Staatsgrundstücken ausgesprochen. Um der Gleichberechtigung volle Wirksamkeit zu geben, wurden zur Einleitung der bürgerlichen Uebertragung von Grundstücken nicht nur Zeugnisse des mohamedanisch-geistlichen Scheriats-Gerichts, sondern auch christlicher Notabilitäten beziehentlich der Vorstände der betreffenden Zünfte und Stadtviertel tauglich erklärt.

Endlich begründet auch das Geschlecht keinen Unterschied bezüglich der Besitzfähigkeit. Sehr häufig werden Grundstücke als Heirathsgut verwendet. Es sei auch die Bemerkung gestattet, dass die Gattin im türkischen Intestaterbrechte weit günstiger gestellt ist, als nach unserem allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche.

Nach türkischem Rechte ist die Gattin schon nach den Geschwistern und nicht erst nach den sechs Verwandtschaftsgraden des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches zur Erbschaft berufen und participirt neben den Geschwistern nicht mit dem Fruchtgenusse, sondern mit dem Viertel der Nachlass-

---

[1]) Hattischerif von Gülhane (3. Nov. 1839) Tanzimatgesetz, mit welchen die türkische Regierung auf den Gebieten der staatlichen Administration den Weg der Reformen betrat.

Substanz. — Dieses Erbrecht gebührt auch der zeitlich, oder auf dem Todesbette geschiedenen Gattin und der Gattin von consumirter Ehe.

Was speciell die Erbfolgeordnung bezüglich der Staatsgrundstücke betrifft, so ist die testamentarische Verfügung über dieselben unzulässig und können solche nur im Wege der vom Staate festgesetzten Erbfolge vererbt werden. — Während diesfalls für das volle Eigenthum — Mulk — eine gesetzliche Einschränkung nicht besteht und dieses dem Scheri gemäss bis in die letzten Verwandtschaftsgrade vererbt werden und bei Nichtvorhandensein gesetzlicher Erben durch testamentarische Verfügung übertragen werden kann, so dass ein Heimfall an den Staat als erbloses Gut nur in den seltensten Fällen möglich erscheint, konnten die Staatsgrundstücke nach dem türkischen Gesetze über den Grundbesitz nur an die Kinder und Eltern vererbt werden. Bei Abgang solcher Erben galt das Grundstück als erledigt und kam gegen Erlag des Schätzungswerthes zur Verleihung, wobei jedoch den vollbürtigen Geschwistern des Erblassers, sowie den halbbürtigen Geschwistern desselben väterlicherseits, den Kindern des Sohnes, dem überlebenden Ehegatten, den halbbürtigen Geschwistern mütterlicherseits, endlich den Kindern der Tochter des Erblassers in der aufgeführten Reihe, der Vorzug gebührte. Man nennt dieses Vorrecht der Einlösung Tapurecht und die solcherart berechtigten Anwärter Tapuberechtigte.

Vielseitig ist die rechtliche Natur der Grundstücke; zunächst macht sich auch im türkischen Recht der Unterschied geltend zwischen praedium rusticum und praedium urbanum. Für die folgenden Ausführungen kommt bloss das Mustagellat, wörtlich das Lebensmittel erzeugende Grundstück, in Betracht. Der Unterschied zwischen Mustagellat und Mussakafat — dem mit Dach versehenen, — wird in den Gesetzesquellen vorzüglich bei Vakufgütern gemacht, ist aber selbstverständlich nicht auf dieselben beschränkt; das türkische Gesetz über den Grundbesitz unterscheidet: Mlík,

Mirié, Mevkufé, Metruké und Mevat-Grundstücke. Der Islam und das Scheriatsgesetz [2]) anerkannten von jeher das Privateigenthum, Mílk genannt.

Mit der Anerkennung und Ausdehnung des Erbrechtes auf Staatsgrundstücke steigerte sich auch die Tauglichkeit dieser Grundstücke, die Grundlage von Creditgeschäften zu bilden; nur der Erbe haftete dem Gläubiger. Wenn der Heimfall an den Fiscus begründet war, wich der Gläubiger dem Fiscus. Deshalb stieg die Credittauglichkeit dieser Grundstücke in dem Maasse, in welchem die Gefahr des Heimfalls in die Ferne rückte. Durch die Anerkennung und Ausdehnung des Erbrechtes sind die ehemaligen Staatsgrundstücke ein neues, wenn auch durch einige Rechte der Domänenverwaltung noch beschränktes Privateigenthum geworden. Die dieses neue Privateigenthum staatlichen Rechts betreffende Gesetzgebung beeinflusst in vielen Punkten das alte Privateigenthum geistlichen Rechts.

Das türkische Gesetz über den Grundbesitz ist jenes vom 7. Schaban 1274 (1857); dasselbe ist die erste vollkommene Codification der seit der Zeit Sulejman's im Gegenstande erflossenen Kanuns κανών und knüpft unmittelbar an jene Epoche administrativer Reform an, wo nach Aufhebung des Lehensverhältnisses auch mit der Verpachtung der Einkünfte aus den Staatsgütern gebrochen worden war und diese fortan direct vom Staate bezogen wurden [3]).

Das Gesetz kennt über den Grundbesitz ein volles freies Eigenthum — Mulk, an Grund und Boden nur an dem Hausanwesen im engsten Sinne, nämlich an der Haus- und Hofstelle und dem Hausgarten — bis zum Ausmaasse von einem halben Dunum d. i. ein Flächenmaass von 40 türkischen Ellen — Arschin — im Gevierte, gegenwärtig ist das

---

[2]) Das Gesetz ist der Inbegriff aller die Dogmatik, den Ritus, das öffentliche und private Leben der Mohamedaner betreffenden Vorschriften; die Urquelle des moslemischen Rechtes ist der Koran.

[3]) Multeka el ebhur vom Scheich Ibrahim Halebî.

Dunum mit 1000 Quadratmeter gesetzlich fixirt, und an jenen Grundstücken, die vom Staatseigenthume ausgeschieden und Jemandem zum vollen Eigenthum verliehen wurden. Alle übrigen Grundstücke sind Staatseigenthum im weitesten Sinne. Dasselbe Gesetz erwähnt unter den Gütern der Kategorie Mulk auch die Grundstücke Charadžije Harač und Uschrije, die in jenen Provinzen, wo die Ordnung der Grundbesitzverhältnisse zur Zeit der Eroberung noch auf Grund der Bestimmungen des Scheri über das Beuterecht erfolgt ist, vorkommen. Ueber das Staatseigenthum verfügt der Herrscher und zwar derart, dass er Aecker, Wiesen, Weideland und Wälder gegen Leistung einer Antrittsgebühr — Tapu, — und einer jährlichen Abgabe, die nunmehr nur als Uschur, Zehnt, bezeichnet wird, vermittelst einer Tapu-Urkunde — Tapija — zum beschränkten Eigenthum — Mirijé — verleiht, oder dasselbe mittelbar oder unmittelbar bestimmten öffentlichen oder religiösen Zwecken widmet — uneigentlicher Vakuf, oder aber zum allgemeinen Gebrauche als öffentliches oder zum Gebrauche bestimmter Ortschaften als sozusagen Gemeindegut bestimmt — Metruké, oder endlich, dass an dem uncultivirten Land — Mewat, insofern es nicht als Weideland nutzbar wird, sogen. Otlakweiden, den Einzelnen die Cultivirung unter der Bedingung gestattet, dass er dasselbe als zehentpflichtiges Land — Mirijé verliehen erhalte; erwähnen wir hierzu noch, dass in dem Begriffe des vollständigen Eigenthums — Mulk auch die Befugniss enthalten ist, dasselbe öffentlichen oder religiösen Zwecken zu widmen, ohne der Genehmigung des Souverains zu bedürfen, so haben wir auch den Begriff des eigentlichen Vakuf gegeben.

Demnach besteht an Grund und Boden ein zweifaches Eigenthum Privater inbegrifflich des Vakuf[4]), nämlich

---

[4]) [Vakuf = wakf, s. Kohler, Rechtsvergleichende Studien S. 132; Zeitschrift XII S. 72.]

Mulk und das sogen. Mirijéeigenthum, und insbesondere auch der Grundbesitz des Vakuf geht in den Kategorien Mulk und Mirijé auf.

Uebt nämlich der Vakuf in Bezug auf seinen Grundbesitz die Rechte eines Mulkeigenthümers, so ist dieser Grundbesitz ein eigentlicher Vakuf — Sahihe; übt derselbe dagegen in Bezug auf einen Grundbesitz bloss die Rechte eines Mirijéeigenthümers aus, so besteht ein uneigentlicher Vakuf — Tahsissat —; in beiden Fällen sind wirkliche Vakufgüter vorhanden, die dem Vakuf, sei es als volles Eigenthum — Mulk —, sei es als beschränktes Eigenthum Mirijé zugehören; man bezeichnet jedoch als Vakufgüter auch jene, wo das Mirijeeigenthum einer dritten Person gehört, dem Vakuf aber nur das Recht zukommt, an Stelle des Staates den Zehnt und die sonstigen Abgaben zu beziehen und zählt auch solche zu den uneigentlichen Vakufs.

Demnach sind drei Arten von uneigentlichem Vakuf:

α) Der Vakuf ist Mirijéeigenthümer, bezieht als solcher das Einkommen aus dem Grundstücke, sei es direct durch Bearbeitung in eigener Regie, sei es durch die Bearbeitung seitens der Kmeten — Čifčija — Grundholden oder von Pächtern, und leistet wie jeder andere Private den Zehnt und die anderen Abgaben an den Staat;

β) der Vakuf ist wie im vorigen Punkte Mirijéeigenthümer, er bezieht aber auch den Zehnt und die anderen Abgaben für sich;

γ) der Vakuf bezieht den Zehnt und die anderen Abgaben von dem Mirijégrundstücke eines Dritten namens des Staates.

Die unter γ) angeführte Art, wie auch das Zehntbezugsrecht des Vakuf unter β) sind nichts anderes, als Ueberreste der Leheninstitution, deren Aufhebung für die todte Hand nicht in Wirksamkeit trat.

Der Begriff der Mirijé — Staatsgrundstücke, — ist im Gesetze über den Grundbesitz strenge nach den alten Kanuns festgehalten als eine Art Obereigenthum des Staates,

welches sich ausser der Zehntpflicht darin manifestirt, dass der rechtmässige Besitz solcher Grundstücke nur mittels staatlicher Tapija — Verleihungsurkunde, — erworben wird, dass eine Uebertragung im Erbwege nur auf Grund der vom Staate für solche Güter festgesetzten Erbfolgeordnung und intervivos nur mit Bewilligung der Obrigkeit als Repräsentanten des Staates — stattfinden kann; dass derselbe den regelmässigen Anbau dieser Grundstücke überwacht und ohne gesetzlichen Entschuldigungsgrund durch 3 Jahre nicht angebaute derlei Grundstücke einzuziehen und weiter zu verleihen befugt ist, kurz dass der Staat bezüglich derselben solche Rechte übt, die den Begriff des vollen unbeschränkten Eigenthums des jeweiligen Besitzers ausschliessen. Anderseits hat der Staat der absoluten Gewalt des vollen Eigenthums Mulk bei Regelung der Besitzverhältnisse von Mirijégrundstücken Rechnung getragen, indem den alten Kanuns gemäss bestimmt wird, dass die vom Besitzer von Mirijégrundstücken auf denselben errichteten Gebäude, Anlagen und Pflanzungen nicht der Eigenschaft des Grundes und Bodens folgen, sondern zum vollen Eigenthum desselben, also zu dessen Mulk werden: wenn er dieselben mit Genehmigung der Behörde errichtet beziehungsweise gepflanzt hat; wenn er selbst gewachsene Bäume gepfropft, oder gezogen hat, endlich wenn er Weinstöcke oder fruchttragende Bäume zwar ohne Genehmigung der Behörde gepflanzt, dieselben aber durch 3 Jahre ruhig besessen hat, ohne dass der Staat sein Recht, sie zu entfernen, geltend gemacht hat.

Theils staatlichen, theils geistlichen Rechts sind die gestifteten sogen. Evkufè- oder Vakufgüter. Alle gestifteten Güter im türkischen Reiche standen unter einer grossartigen, das ganze Reich umfassenden Stiftungscuratel: dem Vakuf-Ministerium. Die fiscalische Tendenz und die centralistischen Schwächen dieser Stiftungscuratel sind allerdings unschwer erkennbar. Unmittelbar administrirte die Vakufverwaltung die aus Staatseigenthum errichteten Stiftungen,

sowie jene, die als solche angesehen wurden. Bei den aus Privateigenthum errichteten Stiftungen beschränkte sich die staaliche Vakufverwaltung auf die Ueberwachung der stiftbrieflich bestellten Verwalter. —

Vakufs sind nicht bloss Moscheen und Klostergüter. Es ist wichtig, dies zu betonen, weil heute vielfach die Geneigtheit besteht, Kirchengütern eine geringere Unverletzlichkeit zuzuerkennen. Ein richtiges Bild von der Mannigfaltigkeit der Vakufs gewährt bloss die Erinnerung an das gleich reiche Stiftungswesen des west-europäischen Mittelalters. Moscheen, Schulen, Gebete, Bibliotheken, Trottoirs, Bäume, Bäder, Siechen- und Armenhäuser sollten durch Vakufs für ewige Zeiten sichergestellt werden. Besonders gilt dies von dem fortdauernden Flor der Familien. Viele Vakufs haben die Function von Familien-Fideicommissen. Die Stiftbriefe schliessen gemeinhin die weibliche Verwandtschaft von der Erbfolge aus, um das Familienvermögen gegen Zerstückelung zu schützen[4a]).

Der Begriff Mevkufé beschränkt sich ebenso, wie die Begriffe Mulk und Mirijé nicht auf Grundstücke. Es giebt auch Vakufgeldcapitalien und Vakufrenten.

Viele Vakufs sollten Aufgaben erfüllen, welche nach der in Westeuropa herrschenden Staatsauffassung der öffentlichen Verwaltung zur Last fallen; es besteht deshalb kein Hinderniss, die so beschaffenen Vakufs zur Bestreitung der Kosten der öffentlichen Verwaltung und insbesondere der localen Verwaltung heranzuziehen.

Wurden die Vakufsgrundstücke, sowie die Staatsgrundstücke erblich verliehen, so heissen sie doppelzinsige Vakufs. Durch die moderne ottomanische Gesetzgebung ist bei Staatsgrundstücken wie auch bei verliehenen doppelzinsigen Vakufsgrundstücken das Erbrecht ausgedehnt und hierdurch an diesen Grundstücken ein neues Privateigenthum staatlichen Rechts geschaffen. Die Ausdehnung des Erb-

---

[4a]) [Kohler, Rechtsvergl. Studien S. 139 f., Zeitschr. XII S. 76 f.]

rechtes erfolgte bei Staats- und Vakufsgrundstücken gegen eine Ablösungssumme, bei Staatsgrundstücken Mirijé obligatorisch, bei Vakufsgrundstücken facultativ. Die erweiterte Erbfolge besteht auch heute noch zu Recht[5]), wonach das gesetzliche Erbrecht auf alle die vorgenannten Verwandten ausgedehnt wurde, so dass diese nunmehr kraft des Erbrechtes lediglich gegen Erlag der Erbgebühren in den Mirijénachlass succediren. Für diese Erweiterung der Erbfolge ward mit Rücksicht auf die Vortheile, die die Besitzer von Mirijégrundstücken aus dieser Begünstigung ziehen werden und zur Entschädigung des Verlustes, welcher dem Staatsschatze aus der hierdurch bedingten Verminderung des Heimfalles erwächst, dann als Gegenleistung für das neue, den Besitzern eingeräumte Recht allen Mirijébesitzern, unbeschadet der laufenden Zehntschuldigkeit, ein 1½facher Zehnt, d. h. 15 Procent des einjährigen Bodenerträgnisses zur Zahlung vorgeschrieben und derselbe in fünf Jahresraten eingehoben. Bei Abgang der vorgenannten haben Erben das Recht, die Grundstücke um den Schätzungswerth einzulösen — Tapijârecht —:

1. derjenige, der nach dem Erblasser auf Grund der Erbfolge in dessen Mulkeigenthum Erbe wird;

2. nach ihm der Miteigenthümer und Theilhaber des erblos gewordenen Mirijégrundstückes und sohin

3. die grundbedürftigen Ortsbewohner.

In Ermangelung dieser Tapijaberechtigten werden die heimgefallenen Grundstücke öffentlich versteigert und dem Meistbietenden mit Tapijâ verliehen.

Bemerkenswerth erscheint der Umstand, dass auch bei der vertragsmässigen Uebertragung von Mirijégrundstücken dem Miteigenthümer zur ungetheilten Hand, sodann demjenigen, der auf dem Grundstücke Mulkobjecte — Häuser, Bäume, andere Anlagen — besitzt, endlich dem grundbedürftigen Ortsbewohner ein Vorkaufsrecht gesetzlich gewährleistet er-

---

[5]) Gesetz vom 17. Muharem 1284 (1867).

scheint und dass gemäss eines späteren Gesetzes auch dem Kmeten in Bezug auf die von ihm bewirthschafteten Grundstücke sowohl bei der öffentlichen Versteigerung als auch bei der Veräusserung aus freier Hand ein Vorkaufsrecht zugestanden worden ist.

Den Staatsgrundstücken — Mirijé — verwandt sind die dem allgemeinen Gebrauch überlassenen Grundstücke, die sogen. Metrukègrundstücke. Das türkische Gesetz über den Grundbesitz zählt hierzu den Druschplatz, den Standort für Wagen, den Sammelplatz für Vieh, den Gemeindewald, die Gemeindeweide. Hier liegt zweifelsohne der schwächste Punkt der türkischen Agrar-Gesetzgebung. Sie regelte bloss die Steuerfreiheit dieser Gründe, die Nutzungsbefugnisse der Nutzungsberechtigten und den Ausschluss Fremder von der Nutzung. Die Frage nach der civilistischen Rechtssubjectivität autonomer gesellschaftlicher Verbände, die Frage der Auftheilung und der vom bisherigen Gebrauche abweichenden Verwerthung dieser Gemeingüter blieb anscheinend der türkischen Gesetzgebung fremd.

Herrenlos — Mevak — gelten die Grundstücke, die vom nächsten Dorfe soweit entfernt sind, dass der männliche Ruf sie nicht erreicht.

Das türkische Recht hat nicht die individualistische Geschlossenheit des römischen Rechts. Viel näher liegt der Vergleich mit deutschrechtlichen, national-slavischen und ungarisch-avitischen Satzungen.

Nach türkischem Rechte gebührt dem Eigenthümer der Grundfläche nicht an sich schon das Eigenthum an den auf der Grundfläche gepflanzten Bäumen und errichteten Gebäuden. Dieselben bilden auf dem Staatsgrundstücke keinen Zuwachs der Grundfläche, sondern ein uneingeschränktes Miteigenthum des Besitzers [6]. — Fällt das Staatsgrundstück an die Domänen-

[6] [Ueber solche Superficiarrechte (hekr) vgl. Kohler, Zeitschrift XII S. 23.]

verwaltung heim, so theilen die gepflanzten Bäume und errichteten Gebäude dieses Schicksal nicht.

Die geringe wirthschaftliche Bedeutung der Bodenrente und der hohe Preis der menschlichen Arbeit auf dem Gebiete der türkischen Gesetzgebung erklären die eigenthümlichen Bestimmungen des ottomanischen Rechts betreffend die Vindication.

Der willkürlich und selbst durch Gewalt in den Besitz gelangte Bebauer des Grundstückes hat dem Eigenthümer weder die Verschlechterung des Grundes, noch den entgangenen Pachtschilling zu ersetzen. Selbst der vindicirende, minderjährige und geisteskranke Eigenthümer, ebenso der vindicirende Fiscus werden nicht günstiger behandelt.

Die Saaten und Früchte auf dem Felde, das wegen nachgewiesener willkürlicher und gewaltthätiger Aneignung dem wahren Eigenthümer zurückgestellt werden muss, gehören nicht dem Eigenthümer, sondern dem Bebauer. Das türkische Recht unterscheidet nicht, ob die Früchte zur Zeit der Rückstellung des Grundes, oder zur Zeit der Ueberreichung der Klage abgesondert gewesen sind oder nicht.

Der gutgläubige Besitzer hat nicht nur Anspruch auf den Ersatz des nothwendigen und nützlichen Aufwandes, sondern, falls der Werth der Bäume und Gebäude den Werth der Grundfläche übersteigt, auch das Recht, den Eigenthümer der Grundfläche mit dem Schätzwerthe abzufinden und die vindicirte Grundfläche zu erwerben.

Dieselben wirthschaftlichen Verhältnisse erklären die Bestimmungen betreffend den originären Eigenthumserwerb, sowie den Eigenthumsverlust.

Schon der hochgeschätzte arabische Rechtslehrer Sidi Khelil[7]), dessen Ausführungen in ganz Nordafrika bei den Scheriatsgerichten fast Gesetzeskraft besitzen, und dessen

[7]) [Hauptlehrer der Malekitenschule, vgl. Rechtsvergleichende Studien S. 4. Kohler.]

Werk aus diesem Grunde die französische Regierung hat übersetzen lassen, — sagt: „Den todten Boden erwirbt, wer ihn belebt. Sind die Spuren der früheren Besitzergreifung verwischt, so erwirbt den Boden, wer ihn wieder belebt.“

Die Rodung — le défrichement — ist im ottomanischen Reiche vollgültiger, weitverbreiteter Eigenthumserwerb.

Die Kehrseite ist, dass der Nichtanbau des Bodens das Eigenthum verwirkt. Bei Staatsgründen ist die Folge dreijährigen Nichtbebauens der Heimfall an die Domänenverwaltung. Ausnahmefälle sind die Brache, die durch die Umstände erzwungene Auswanderung der Gesammtbevölkerung und der Besitz durch Minderjährige oder Wahnsinnige. Es scheint, dass diese Bestimmung unter der türkischen Regierung stellenweise energisch gehandhabt wurde, so dass der Uebereifer der Localbehörden von Constantinopel aus gemässigt werden musste. Insbesondere sollte die Verwendung von Ackergrundstücken als Weide den Heimfall nicht begründen. Die Frage, ob das Eigenthum an Grundstücken durch ihre Verwahrlosung erloschen, ist von besonderer Bedeutung für die Frage, ob der Rodende dem angeblichen Eigenthümer des verwahrlosten Grundstückes zinspflichtig ist.

Für jedes Recht ist die wichtigste Thatsache des Eigenthumserwerbes und Eigenthumsverlustes der Vertrag.

Merkwürdigerweise ist nach ottomanischem Rechte schon das unmündige 7jährige Kind vertragsfähig. — Das Recht der Anfechtung eines Vertrages wegen Zwanges, Betruges und bedeutender Verkürzung geht nicht auf die Erben des Verletzten über. Der Scheinkäufer ist verpflichtet, die verkauften Gegenstände dem eigentlichen Erwerber zu übertragen. Ist dieser nicht besitzfähig, so wird das Object versteigert und der Erlös dem eigentlichen Erwerber ausgefolgt.

Schon bei der Erörterung des türkischen Emphytensen- und Superficiarrechtes hat sich gezeigt, dass das türkische Grundeigenthum schlecht unter den in romanistischer Schule

erworbenen Eigenthumsbegriff passt. Der Grundeigenthümer nach ottomanischem Recht kann seine Sache nicht willkürlich benützen und unbenützt lassen; ebensowenig ist er berechtigt, sein Grundeigenthum einem Dritten willkürlich zu übertragen. Der Grundeigenthümer ist beim Verkaufe durch die Verkaufs- und Einlöseberechtigungen des Nachbarn, Ortsgenossen, des Mietheigenthümers und Zinsbauern beschränkt.

Bei Grundstücken geistlichen Rechts (Milk) besteht das Vorkaufsrecht des Nachbarn, Cheffaa [8]), Süf genannt. Das Recht gilt, soweit der Islam herrscht.

Von dem Cheffaa-Anspruch des Nachbarn bei Grundstücken geistlichen Rechts unterscheidet sich das Einlöserecht des Ortsgenossen bei Grundstücken staatlichen Rechts. Der Ortsgenosse hat das Recht bloss im Falle nachgewiesenen Bedarfs. Kann er nachweisen, dass er das betreffende Grundstück braucht, so hat er nicht den von einer dritten Person dem Eigenthümer angebotenen Kaufschilling, sondern den Schätzwerth zu zahlen.

Ein Einlöserecht hat auch der Miteigenthümer, der Eigenthümer der auf der Grundfläche gepflanzten Bäume und errichteten Gebäude, endlich der unter dem Namen Kmet-Čifčíja — Grundholde — oder bekannte Zinsbauer.

Ein Vorkaufsrecht des geborenen Erben lässt sich im türkischen Rechte, wenigstens bezüglich der Grundstücke staatlichen Rechts, nicht nachweisen. Im Gegentheil wird eine auf dem Todesbette zu Nachtheil der geborenen Erben getroffene Verfügung ausdrücklich gültig erklärt. Nach ottomanischem Rechte sind alle Immobiliar-Contracte Formular-Contracte; sie bedürfen zu ihrer Gültigkeit der Genehmigung der Behörde und der Registrirung durch die Behörde. Die auf diese Registrirung bezüglichen Bestimmungen galten ursprünglich bloss für Grundstücke staatlichen Rechts, neuerlich wurden

---

[8]) [Ueber den Schafa vgl. Kohler, Zeitschrift VI S. 272, XII S. 19.]

sie auch auf Grundstücke geistlichen Rechts ausgedehnt. Diese Einbeziehung der Grundstücke geistlichen Rechts in die staatliche Grundbuchs-Verwaltung stellte sich äusserlich dar als die Umwandlung der Tapien-Direction in Constantinopel in eine allgemeine Direction der Besitztitel. Tapu bedeutet Gebühr. In übertragener Bedeutung heisst Tapu die Uebertragung von Grundstücken staatlichen Rechts und die Urkunde über solche Uebertragungen, neuerdings wohl Besitztitel überhaupt. Diese Besitztitel wurden unter ottomanischer Herrschaft in türkischer Sprache abgefasst.

Zum Behufe des Abschlusses eines Vertrages haben die Parteien persönlich, oder durch Stellvertreter, versehen mit den ihre Person und den Vertragsgegenstand darthuenden Zeugnissen vor der politischen Bezirksbehörde zu erscheinen. Die Behörde prüft die Rechtsgültigkeit des Vertrages, protocollirt die Parteien-Erklärungen, hebt die sehr bedeutende Uebertragungsgebühr, regelmässig in der Höhe von 5 Procent, ein und fertigt die Interimsurkunde aus. Für die definitive Uebertragungsurkunde war der Namenszug des Sultans, die sogen. Tugra, in Constantinopel einzuholen.

Mit solchen Tapu-Urkunden sollte sich jeder Grundeigenthümer ausweisen können. Die Vernachlässigung dieser Pflicht wurde durch Gebührenstrafen bedroht. Eine Präclusion materieller Rechte bestand nicht.

Sowohl die Interimsurkunde, als die definitiven Tapien sind Ausschnitte aus Juxtabüchern. Diese bei den Behörden zurückbehaltenen Bücher würden ein werthvolles Bild der bestehenden Immobilarrechtsverhältnisse geben.

Die Verpfändung bedarf ausser der behördlichen Genehmigung der Uebergabe des Pfandgegenstandes. Die Form des Pfandvertrages ist gemeinhin jene des Verkaufsvertrages unter gleichzeitiger Vereinbarung, dass der verkaufte Gegenstand und der übertragene Besitztitel nach bezahlter Schuld zurückgestellt wird.

Bei der Genehmigung des Vertrages ist insbesondere zu

beachten, dass nicht mehr Grund verpfändet wird, als zur Deckung der Schuld voraussichtlich erforderlich ist.

Der Pfandnehmer hat als solcher kein Benützungsrecht des Pfandgegenstandes, dasselbe kann aber vereinbart werden[9]). Ebensowenig hat der Pfandnehmer an sich ein Verkaufsrecht. Ist dasselbe nicht besonders stipulirt, so muss sich der Pfandnehmer mit der Befriedigung aus dem Pfande bis zum Tode des Schuldners gedulden. — Die Stipulation des Verkaufsrechtes zu Gunsten des Pfandnehmers erfolgt durch Ausstellung einer Devrijé-Vollmacht. Diese Vollmacht ist wie jede andere kündbar. Die Kündigung dieser Vollmacht bewirkt aber lediglich die Uebertragung der Vollmacht von einer bezeichneten ersten an eine bezeichnete zweite Person. Auf diesem Umweg wird die Devrijé-Vollmacht thatsächlich unwiderruflich.

Die Realisirung des Pfandrechtes erfolgt jedenfalls unter behördlicher Intervention.

Findet der Pfandnehmer in dem erzielten Erlös nicht die volle Deckung, so hat er gegen den Pfandgeber keine weitere persönliche Forderung, dagegen ist er verpflichtet, einen etwaigen Ueberschuss des Erlöses dem Pfandgeber herauszuzahlen. Deckt der zu gewärtigende Erlös die Schuld, so erfolgt der Verkauf der Pfandsache auch gegen den Willen des Pfandnehmers über Antrag des Schuldners oder desjenigen, der dem Schuldner die Pfandsache zum Zwecke der Pfändung geliehen.

Weder der Verpfänder noch der Pfandnehmer hat das Recht, den Pfandgegenstand weiter zu verpfänden. Die Einwilligung beider Theile in eine Weiterverpfändung bewirkt die Auflösung des ursprünglichen Pfandvertrages. Um der Umgehung dieses Verbotes der Weiterverpfändung zu steuern, werden bei der Realisirung des Pfandes Vollmachten nicht zugelassen.

---

[9]) [Vgl. Kohler, Zeitschrift VI S. 225 f., XII S. 25 f.]

Neben dem vertragsmässigen steht das behördlich bewilligte Pfandrecht. Die einschlägigen Bestimmungen des türkischen Rechts scheinen geradezu beneidenswerth.

Das Gesetz vom 21. Ramazan 1288 sagt ausdrücklich: Hat der verstorbene Schuldner vom Ackerbau gelebt, so kann von seinen Erben das zur Erhaltung seines Hauses nöthige Land nicht genommen werden. Ebenso wird nach altem Gesetze dem Schuldner ein Haus von geringem Werthe belassen, sowie was an Grund zur Erhaltung des Hauses nothwendig ist. — Findet sich in der Executions- oder Concursmasse kein Haus, welches einfach genug ist, um dem jetzigen Stande des Executen oder Cridatars zu entsprechen, so ist für denselben auf Kosten der Masse ein solches Haus anzuschaffen. Die türkische Gesetzgebung verbannt von Haus und Hof bloss den Criminalverbrecher, nicht den Schuldner. Die türkische Gesetzgebung gestattet dem Gläubiger in Verfolgung seines Privatinteresses nicht, seinen Schuldner nackt der öffentlichen Verwaltung aufzulassen.

Neben dem Scheri als dem allgemeinen Gesetze des Islam, das nur im Hinblicke auf die Abweichungen in dem Bekenntnisse der einzelnen Secten Unterschiede kennt, entwickelte sich im türkischen Reiche ein besonderes Recht, das wir im Gegensatze zum Scheri als dem geoffenbarten religiösen Rechte, das weltliche, das staatliche Recht nennen wollen.

Als mit der Gründung des türkischen Reiches durch Osman — um 1300 n. Chr. — dieses Staatswesen raschen Schrittes bis an die Küsten des ägäischen und Marmorameeres sich erweiterte, und sohin nach Uebersetzung der Meerengen festen Fuss auf der Balkanhalbinsel fasste und von da aus erobernd in Europa vordrang, hatte diese durch das Scheri selbst gebotene Machtentwickelung und Machterhaltung Verhältnisse und Bedürfnisse geschaffen, und traten solche ausserdem in den verschiedenen eroberten Ländern

immer neu an die Eroberer heran, bezüglich welcher das Scheri eine Normirung entweder überhaupt nicht, oder aber nur in ganz allgemeinen Umrissen, oder Andeutungen enthielt. Die diesfälligen Satzungen wurden im türkischen Reiche zum Unterschiede vom Scheri mit dem von den Byzantinern übernommenen Worte κανών — „Kanun" — bezeichnet und die Sammlungen derselben Kanunname genannt. — Die Erlassung solcher Kanuns — Staatsgesetze — erfolgte durch Fermane der Sultane und durch besondere Hatti scherif, oder durch kaiserliche Handschreiben auf Antrag des Vezirs, oder auf Beschluss des Divans. Sie enthalten insbesondere das dem Scheri vollkommen fremde Lehnswesen, das in den Kanuns Sultan Murad I., Sulejman II., Ahmed I. eine ausführliche Behandlung fand und welches in seiner geradezu glänzenden Organisation einen Hauptfactor der kolossalen Machtentwickelung des türkischen Reiches bildete. Die wichtigste Kanun-Sammlung ist jene Sulejman II., welcher eben deshalb auch Kanuni „der Gesetzgeber" genannt wird, desselben Sultans, unter dessen Regierung auch das Scheri in dem Multeka seine Codification erhielt.

Besonders werthvoll erscheinen für uns die Kanunsammlungen aus der Zeit Sulejman II. für die Erkenntniss der Gestaltung der Grundbesitzverhältnisse in den eroberten Provinzen. Aus denselben erhellt, dass in den eroberten Provinzen nur die bewegliche Habe und die in den Städten und Dörfern gelegenen Häuser, Gärten und Weingärten unbedingt als volles Eigenthum anerkannt wird. — Der übrige bebaute Grund und Boden wurde nicht nach den angeführten Bestimmungen des 13. Buches des Multeka über den heiligen Krieg als Uschrije und Charadžije zum vollen Eigenthum Privater bestätigt, sondern ebenso wie alles übrige unbebaute Land als Staatsgrund — Erazii memleket, oder Erazii mirije, also als Staatseigenthum, Eigenthum Gottes resp. dessen Statthalters, des

Sultans erklärt. — Dieses Staatseigenthum entspricht nicht dem Begriffe der Domäne, sondern besteht dasselbe darin, dass der Staat das bebaute Land den bisherigen Eigenthümern zur weiteren Benützung überliess, oder derlei vacant gewordenes Land an die Eroberer verlieh, jedoch nicht zum vollen Eigenthume — Mulk, sondern nur zum Tessaruf, d. i. zum Besitze, während er sich die Rekabe vorbehielt[10]). Dieser Vorbehalt der Rekabe ist der Vorbehalt gewisser zum Begriffe des Eigenthums gehörigen Dispositionsbefugnisse für den Staat. — Das nicht bebaute Land, wie Wälder, Baltalyk, Weideland, mera, ödes Land u. s. w., wurde unter dem gleichen Vorbehalte zum Gebrauche bestimmter Gemeinden, oder zum allgemeinen Gebrauche bestimmt, oder auch dem Einzelnen die Cultivirung gegen dem gestattet, dass das hierdurch gewonnene cultivirte Land in das obige Verhältniss des bebauten Landes trete.

Die Verleihung zum Besitze berechtigt den Besitzer zur beliebigen landwirthschaftlichen Bearbeitung und Ausnützung der Oberfläche des Grund und Bodens, sei es in eigener Regie, sei es durch die auf demselben ansässigen Kmeten — Grundholden, und ging dieses Recht ipso jure nur vom Vater auf den Sohn, oder auf die mehreren Söhne zu gleichen Theilen, hie und da nach Gewohnheitsrecht — Âdet — in Ermangelung von Söhnen auch auf die Tochter über. — Der Besitzer ist, wenn derselbe ein Muselman aus der Reihe der Eroberer, oder aber ein Muselman ist, der den Glauben noch vor der Eroberung angenommen hat, verpflichtet, den zehnten Theil — desetina des jährlichen Ertrages, welcher keiner Erhöhung fähig ist, an den Staat zu entrichten. — Ist der

---

[10]) Rekabe heisst wörtlich: „der Nacken der Zugthiere", und bildlich bedeutet es den Inhalt bestimmter, dem Staate vorbehaltenen Dispositionsbefugnisse über die Substanz des bezüglichen Staatsgrundes. Nach Savvas Pascha étude sur la théorie du droit musulman (notions théoriques p. 15 et 16) bedeutet regabé la nue-propriété (nuda proprietas) im Gegensatze zu „la propriété vraie" = milkiet.

Besitzer ein Muselman, der erst nach der Eroberung den Islam angenommen, oder aber ein Nichtmuselman, so ist derselbe zur Leistung des Tributs — haradž — verpflichtet, der in der Abgabe eines proportionellen Theiles, ein Zehntel bis zur Hälfte des jährlichen Ertrages charadži mukasseme, ferner in einer fixen jährlichen Abgabe — charadži muwezzaf, die unter dem Titel Rezmi tschift von jedem Gehöfte entrichtet wurde, besteht. — Dieser charadž ist nicht zu verwechseln mit der von Nichtmuselmanen zu entrichtenden Kopfsteuer (glavarina — Džizje), die man gewöhnlich mit dem serbischen Ausdrucke „xapar-harač" bezeichnet; ersterer ist eine Abgabe von Grund und Boden, die Kopfsteuer aber ihrem Wesen nach ein für die persönliche Sicherheit zu zahlender Schutzzins.

Bauführungen, Anpflanzungen und sonstige Anlagen, die der Besitzer mit Bewilligung der Behörde auf diesen Staatsgrundstücken vornimmt, werden dessen volles Eigenthum, und ist für den Grund und Boden, wenn er nicht vom Chalifen ebenfalls zu Mulk erklärt wird, an Stelle der dem Staate entgehenden Naturalabgaben ein Bodenzins zu entrichten.

Aus der Rekabe des Staates fliesst das Recht, solche Grundstücke, die ohne gegründete Ursachen längere Zeit nicht bebaut werden, einzuziehen, alle Bauführungen und Anlagen auf solchen Grundstücken, die das Abgabeverhältniss alteriren, zu untersagen, jeden Verkehr mit solchen Grundstücken durch Geschäfte unter Lebenden, einschliesslich der Widmung als Vakf, auszuschliessen, beziehungsweise seiner Genehmigung vorzubehalten, die Erbfolge bezüglich derselben nach seinem Ermessen zu regeln, hiernach erblos gebliebene, oder wegen Nichtbebauung eingezogene Güter gegen Entrichtung einer Antrittsgebühr — Tapu — zum Besitz weiter zu verleihen. Die auf solchen Staatsgrundstücken zum Vorschein kommenden Metalle und sonstigen Mineralien gehören dem Staate. Staatsgrundstücke können nur mit besonderer Bewilligung des Chalifen zum vollen Eigenthum — Mulk — werden.

Die Unterscheidung der Staats- oder Mirijégrundstücke [11]) in Zehnt- (Uschrije-) und Charadž-güter scheint sich im Laufe der Zeit dadurch verwischt zu haben, dass auch von den letzteren Gütern ebenfalls nur der zehnte Theil des Ertrages als Charadž eingehoben wurde, so dass zur Zeit Sulejman III. die Mirijégrundstücke von Rumili (der europäischen Provinzen) ohne jene Unterscheidung immer nur als Zehntgrundstücke bezeichnet werden, hierbei aber, insofern es zu einer Erläuterung kommt, die rechtliche Natur des Zehnts solcher Grundstücke als Charadž jedesmal ausdrücklich hervorgehoben wird.

Nicht minder fusst die Bestimmung, dass die auf solchen zum Besitze verliehenen Mirijégrundstücken mit behördlicher Genehmigung entstehenden Häuser, Obstgärten und Weingärten nicht der Eigenschaft des Grund und Bodens folgen, sondern zum vollen Eigenthum — Mulk — werden, — auf den Scheri.

Nach den Worten des Koran: „der Mensch hat Alles von den Früchten seiner Arbeit zu erwarten" ist es ein Grundsatz des Scheri, dass dasjenige, was Jemand durch seine Arbeit erworben und geschaffen hat, sein Eigenthum sei. — Die Errichtung von Gebäuden und Anlagen auf Grund und Boden ist nicht die jährlich wiederkehrende Arbeit des Anbaues, es ist eine Investition intensiverer Art, die einen besonderen Aufwand an Arbeit und Kosten erfordert und deren Erträgnisse häufig erst den Erben, also der Familie des Betreffenden zu Gute kommen sollen. Letzteres würde nun nicht der Fall sein, wenn diese Objecte der Eigenschaft des Grund und Bodens folgen und daher nur einen Zuwachs des Mirijégrundstückes bilden würden, weil bezüglich der Mirijé eine beschränkte Erbfolge besteht.

Dieselben Erwägungen beleuchten auch zur Genüge die bedingungslose Anerkennung der in geschlossenen Orten

---

[11]) Mirie oder Emirie dürfte von emir = Befehlshaber. stammen.

zur Zeit der Eroberung bestandenen Häuser, Gärten und Weingärten einschliesslich des Grund und Bodens als Mulk. Doch auch abgesehen hiervon, sowie von Rücksichten der Administration, welche es nicht für zweckmässig erscheinen liessen, auch den in geschlossenen Orten gelegenen Besitz als Mirijé zu erklären, dürften bei der Anerkennung des Mulk in geschlossenen Ortschaften auch traditionelle Anklänge aus der Zeit des Entstehens des Islam im Lande Arabien nicht ohne Einfluss geblieben sein, da sich dort, dem Charakter des Landes entsprechend, das vor den Einflüssen der Wüstenwinde sorgsam gehütete, oder der Wüste abgerungene bebaute Land an die Wohnsitze der einzelnen Stämme angeschlossen hat und diesen, da sie sich dem Propheten anschlossen, als Mulk verliehen worden ist, so dass sich also der Eigenthumsbegriff Mulk für den an die Wohnsitze anstossenden Grundbesitz aus der ersten Zeit des Islam als ein unbedingt anzuerkennender erhalten haben mag. Andererseits durfte die Zum-Leben-Erweckung todten Landes nicht mehr zum vollen Eigenthume führen, weil hierdurch der Zweck der Institution der Erazii mirije in mancher Beziehung alterirt worden wäre, und es wurde daher der Grundsatz des Scheri, dass die Cultivirung ein Rechtstitel zur Erwerbung sei, in dem Rahmen der neuen Institution aufrecht erhalten, jedoch bestimmt, dass dieselbe nicht zum vollen Eigenthum, wohl aber zur Verleihung als Mirijé führe; es ist nun hier noch zu bemerken, dass in den Kanuns selbst das Verhältniss bald als ein lebenslänglicher Besitz, bald als ein Idžäre, — ein Pachtverhältniss bezeichnet wird.

Die offenbare Härte der Einschränkung der gesetzlichen Erbfolge auf die Söhne und Töchter hat denn auch schon frühzeitig dadurch eine bedeutende Abschwächung gefunden, dass gewissen Verwandtschaftsgraden ein Vorrecht bei Erwerbung solcher Liegenschaften im Falle der Vacanz gegen Erlag der Antrittsgebühr — Tapu vor dritten Personen eingeräumt worden ist.

Wir finden in einer Kanunsammlung aus der Zeit Murad IV. vom Jahre 1629 schon die Bestimmung, dass Mirijégrundstücke in Ermangelung von Söhnen und Töchtern des Erblassers vor Allem an des Vaters Brüder, sohin an die Schwester, in Ermangelung dieser an den Vater, Grossvater und die Mutter, in Ermangelung dieser an die Mittheilhaber der Grundstücke gegen Tapu überzugehen haben. Sind auch keine Mittheilhaber vorhanden, so wird dasselbe an Bewohner des Dorfes, in welchem es gelegen (Marklosung), gegen Tapu verliehen; erst wenn diese das Grundstück nicht übernehmen wollen, kann dasselbe an den Bewohner eines fremden Dorfes verliehen werden.

Wir stellen demnach dem Begriffe des vollen Eigenthums — Mulk — des Scheri dieses neue Rechtsinstitut des Kanun als Staatseigenthum und in Bezug auf den privaten Besitzer desselben als ein beschränktes Eigenthum entgegen, welches man im Gegensatze zum Mulk als Mirijéeigenthum zu bezeichnen pflegt; — hiernach ist Mirijéeigenthum das beschränkte Eigenthum an Mirijé- (Staats-) Grundstücken und derjenige, dem ein solches beschränktes Eigenthum zusteht, Mirijéeigenthümer.

Die Erklärung des bebauten Grund und Bodens der neu eroberten Länder zu Staatsgründen ist durch die Einschränkung der Erbfolge zweifellos auch auf die Entwickelung der agrarischen Verhältnisse nicht ohne Einfluss geblieben. — Nicht nur dass nach und nach fast der ganze ländliche Grundbesitz in die Hände der Mohamedaner kommen musste, da diese als die herrschende Klasse durchwegs wohl auch die wohlhabenderen waren und bei Vacanzen von Grundstücken diese leichter erwerben konnten als die Nichtmohamedaner, musste sich eben in Folge dessen auf das Element der Grundholden — Kmeten — gerade aus dem nichtmohamedanischen Theile der Bevölkerung vermehren, weil dieser, insofern er der ackerbautreibenden Klasse angehörte, — fast ausschliesslich nur auf den Eintritt in das Kmetenverhältniss angewiesen

war. — Wie aus den Kanuns Sulejman's hervorgeht, hatte die Erfahrung in eroberten Provinzen, wo die Verleihung allen Grundbesitzes dem Scheri gemäss zum vollen Eigenthum erfolgt ist, gelehrt, dass die hierdurch bedingte freie Verwandtenerbfolge nach dem Scheri zu einer bedeutenden Zersplitterung des Besitzes und in Folge dessen auch zu einer bedeutenden Erschwerniss der Eintreibung des Charadž geführt habe.

Ergänzen wir diese Erwägung nach ihrem vollen Sinne, so bietet sich der gleiche Grund auch bei Mulkgrundstücken der Kategorie Uschrije, weil auch bei diesen ebenso wie bei den Charadžije die scheriatsrechtliche unbegrenzte Verwandtenerbfolge eintrat; wir finden weiters, dass bei beiden Arten eine Zersplitterung des Besitzes durch Geschäfte unter Lebenden stattfinden kann, weil das Scheri für das volle Eigenthum diesbezüglich keine Einschränkung kennt. Bei Grundstücken des vollen Eigenthums, wo eine Erbfolge in unbegrenzter Verwandtenlinie und eine testamentarische Erbseinsetzung Platz greifen kann, ist der Heimfall von Grundstücken an den Staat nur selten zu erwarten, während dies bei Grundstücken der Kategorie Mirijé mit beschränkter gesetzlicher Erbfolge aus dem Titel der Erblosigkeit und der Nichtbebauung nur zu häufig Platz greifen musste, so dass diese Grundstücke gegenüber jenen des vollen Eigenthumes ein bedeutendes Einkommen auch durch die zu leistenden Antrittsgebühren abwarfen.

Die türkische Lehensinstitution, schon von den ersten Herrschern der Dynastie Osman organisirt, ward im Laufe der Zeit zu einem Hauptfactor der Machtstellung des Islam, und fällt deren volle Entwickelung und Blüthezeit gerade in die Zeit der grossen Eroberungszüge gegen Mitteleuropa; in jener Zeit steter Eroberungen und steten Länderzuwachses musste man darauf bedacht sein, die Verwaltung der eroberten Provinzen in der einfachsten Art und so einzurichten, dass dieselbe dem Hauptgebote, der Schaffung

und Erhaltung einer möglichst grossen Streitmacht entsprechen konnte.

Es empfahl sich demnach, das Einkommen aus den Staatsgründen, die alles Land mit Ausnahme der in geschlossenen Orten gelegenen Häuser, Gärten und Weingärten umfassten, nicht in die directe Verwaltung des Staates zu nehmen, sondern dasselbe geradewegs jenen Personen zuzuführen, welche die Verwaltung zu besorgen und Kriegsdienste zu leisten hatten.

Zu diesem Zwecke wurden die Einkünfte eines Theiles der Staatsgüter mit einem bestimmten Amte verbunden, die dem jeweiligen Inhaber des Amtes zufielen; man nannte die hierfür bestimmten Güter Chass und übertrug diese Bezeichnung auch auf diese Art der Dotirung.

Der weitaus grösste Theil der Einkünfte aus den Staatsgütern ward jedoch zur Bildung von Lehen verwendet. Diese Lehen bestanden in der Belehnung von Kriegsmännern (Muselmanen) mit den Einkünften bestimmter Theile der Staatsgründe (meist nach Ortschaften unter Angabe der Grenzen derselben) gegen die Verpflichtung des Belehnten, selbst und nach Maass der Einkünfte auch mit einer bestimmten Anzahl Bewaffneter Heeresfolge zu leisten. Nur für einzelne Functionäre, insbesondere der Lehensverwaltung selbst, bestanden auch Lehen, die nicht zum Kriegsdienste verpflichteten. Diese Militärlehen theilten sich in grosse Lehen, Ziamet, die aus jährlichen Einkünften von wenigstens 20,000 akce aspri (Silbermünze im Werthe zwischen 1/4—1/3 dram Silber) bestanden, und in kleine Lehen — Timar, bei denen die jährlichen Einkünfte weniger als 20,000 arie — aspri betrugen und hiessen hiernach die Lehensmänner Zaim oder Timarli, oder ohne Unterschied hierauf Sipahi, Spahi, d. i. Ritter, weil in der Regel nur diese belehnt wurden. Die Mannschaft, welche sie ins Feld stellten, waren Dżebeli oder Gepanzerte.

Ein District, der mehrere Lehen in sich fasste, hiess

Sandžak (Fahne), der von einem Sandžakbeg verwaltet wurde; mehrere Sandžak machten Vilajet, Statthalterschaften aus, an deren Spitze der Beglerbeg oder Pascha stand. Die Lehensmänner — Spahi hatten als solche keine Jurisdiction über diejenigen, von deren Grundstücken sie die Abgaben — hak — als ihr Lehenseinkommen bezogen, sie waren diesen gegenüber nur berechtigt, den Zehnt, den Charadž, sowie die Antrittsgebühren, Tapu, den Bodenzins für errichtete Gebäude, die Weidezinse für die im Lehensbereiche gelegenen Sommer- und Winterweiden und andere kleinere Abgaben wie z. B. für Mühlen u. s. w. zu erheben, die Bewilligung zur Uebertragung solcher Grundstücke inter vivos zu ertheilen und Verleihungen gerodeter Grundstücke zu bewirken.

Beim Heimfall von Grundstücken im Erbwege oder wegen Nichtbebauung durften sie dieselben keineswegs an sich ziehen, sondern mussten dieselben gegen Einhebung der vorgeschriebenen Antrittsgebühr — Tapu — unter Einhaltung der bestehenden Kanuns weiter verleihen. Die Lehensmänner waren verpflichtet, bei sonstigem Verlust des Lehens in dem Sandžak, zu welchem das Lehen gehörte, zu wohnen, damit sie sich beim Aufgebot sogleich bei ihrem Alajbeg — Obersten — und mit ihm beim Sandžakbeg einfinden konnten. — Das Lehen selbst, das heisst das ihnen verliehene Einkommen aus den hierfür bestimmten Grundstücken, war nicht vererblich; sondern das Lehen konnte nur auf Grund einer neuen Verleihung zufallen; es war jedoch durch zahlreiche Vorschriften vorgesorgt, dass die Söhne verstorbener Spahis mit kleineren Lehen bedacht werden, wobei insbesondere auf die Grösse des väterlichen Lehens, dessen Verdienste als Kriegsmann und darauf Bedacht genommen wurde, ob derselbe vor dem Feinde gefallen war. — Das Verhältniss, in welchem Grund und Boden zu dem Lehensherrn stand, hatte mit der Grundeigenthumsfrage absolut nichts zu thun; der Lehensherr hatte als solcher kein Grund-

eigenthum, sondern fungirte lediglich als Vertreter des Staates, welcher ihm bedingungsweise gegen Leistung von Kriegsdiensten den Bezug der Einkünfte von einem gewissen Theile der Staatsgrundstücke überlassen hat. Diejenigen, die vor der Eroberung Grundeigenthümer waren, sei es, indem sie ihren Grund und Boden selbst als freie Bauern bearbeiteten, sei es, dass sie als Grundherren ihren Besitz durch darauf ansässige Unterthanen, Grundholden — Kmeten gegen eine Abgabe vom Ertrage bearbeiten liessen — ihr bisher unbeschränktes Eigenthum an den Staat verloren; behielten es jedoch kraft der Verleihung durch den Chalifen fürderhin als beschränktes, das ist Mirijéeigenthum, gegen die daraus resultirenden Verpflichtungen an den Staat, beziehungsweise an den Spahi, oder den Chassberechtigten. An ihren Rechten gegenüber ihren Kmeten änderte die Umgestaltung des früheren vollen Eigenthums in ein beschränktes selbstverständlich nichts, da sich diese Beschränkungen nur auf das Verhältniss zum Staate bezogen. — Nachdem nun diese Klasse der Besitzenden den muselmanischen Glauben annahm und an den folgenden Kriegszügen theilgenommen hatte, ist es ausser Zweifel, dass dieselben auch mit Lehen bedacht und daher Spahis wurden; hierdurch erhielten sie durch die neue Eigenschaft als Spahi weitere Rechte als Lehensherren.

Der ehemalige Grundherr also, der vor der türkischen Eroberung von seinen Kmeten ein Drittel des Ertrages der von ihnen bearbeiteten Felder bezogen hatte, bezog dieses Drittel (trećina) auch nach der Eroberung in der gleichen Eigenschaft als Grundherr, nachdem er nur dem Staate gegenüber einen Theil der im unbeschränkten Eigenthumsbegriffe gelegenen Rechte eingebüsst hat. Wurde derselbe nunmehr auch mit einem Lehen bedacht, so bezog er überdies noch in seiner neuen Eigenschaft als Spahi von dem ihm zugewiesenen Lehensgebiet die gebührenden Lehenseinkünfte. Auch bedarf es wohl kaum der Bemerkung, dass das vor der Eroberung durch die Osmanen bestandene Kmeten-

verhältniss durch die Eroberung und durch die Einführung des osmanischen Lehensverhältnisses absolut nicht berührt worden ist. Jenes Verhältniss gründet in dem Feudalrechte einer früheren Periode und lag bei Einführung des osmanischen Lehenswesens ganz ausserhalb der Beachtung. Wie leicht konnte dies, als einmal die Controle des Lehenswesens im Niedergange war, dadurch geschehen, dass ein Spahi beim erblosen Absterben eines ihm abgabepflichtigen Grundherrn dessen von Kmeten bearbeiteten Grundbesitz gegen die bestehende Vorschrift nicht weiter verlieh, sondern für sich einzog, so dass er nunmehr selbst zum Grundherrn ward.

Im Laufe der Zeit und mit dem Rückgange der türkischen Macht hat sich das Lehenswesen im ottomanischen Reiche vollkommen überlebt; die einzelnen Lehen traten ausser Controle, die Verleihungsbriefe wurden gefälscht, Lehen wurden gekauft und verkauft, es entstanden langwierige Streite zwischen den einzelnen Lehensmännern über das Recht auf das Lehen und den Umfang desselben, an eine Heerfolge, oder auch nur an die Einhaltung der zeitweise angeordneten Musterungen dachten die wenigsten mehr, — kurz man fing an, die Lehen als unverbindliche beneficia anzusehen. Nachdem einige Reorganisationsversuche ohne Erfolg geblieben sind, wurde sohin mit dem Hatti scherif vom 3. November 1839 die Aufhebung der Lehensinstitution ausgesprochen und verfügt, dass nunmehr alle Einkünfte von dem bisherigen Lehensgrund und -Boden und alle bisher von den Lehensmännern ausgeübten Rechte an den Staat zurückfallen, wogegen aber auch diese ihrer bisherigen, ohnedies seit lange nicht erfüllten Verpflichtung der Heeresfolge enthoben wurden — eine Massregel, die erst nach Bewältigung eines Aufstandes zur Durchführung gelangt ist. Wie sehr die Verhältnisse schon bis zur gänzlichen Verkennung des Wesens der ursprünglichen Lehenseinrichtung, die nur das Einkommen von Grund und Boden um die Gegenleistung der Heeresfolge an

die Lehensmänner übertragen hatte, gediehen waren, beweist der Umstand, dass die türkische Regierung bei Aufhebung des Lehensverhältnisses sich veranlasst fand, den bisherigen Lehensinhabern eine aus dem Staatsschatze zu zahlende Rente als Entschädigung zu verleihen; es wurden sohin die Arbeiten für die Schaffung eines neuen Gesetzes über das Grundeigenthum in Bezug auf diese ehemaligen Lehensgrundstücke begonnen, deren Resultat das schon in die Reformgesetzgebung gehörige Gesetz über den Grundbesitz bildet.

Das osmanische Lehenssystem hatte nur die Einkünfte von Staatsgütern zum Gegenstande, kannte „Besitzlehen" überhaupt nur in einzelnen Fällen in Anatoli — den asiatischen Provinzen — und hinterliess uns nach seiner Aufhebung die Spuren in den sogen. Vakuflehen, — das ist in den mit den Functionen eines Imams oder Chatibs — Vorbeters verbundenen Zehentbezugsrechten, die, der Unveränderlichkeit des Vakuf[12]) entsprechend, durch die Aufhebung nicht berührt wurden und heute noch bestehen; sonst ist als Anklang an jene Zeit nur der Titel Spahija geblieben, mit welchem jedoch heute ebenso wie mit Beg und Aga und häufiger noch in den ehemals unter türkischer Herrschaft gestandenen serbischen Gebietstheilen — unter Einbusse seiner ursprünglichen Bedeutung — der Grundherr, also der Grundeigenthümer bezeichnet wird.

Uebergehend zur Schilderung der Pflichten des Kmeten gegenüber seinem Grundherrn, muss im Allgemeinen vorausgesetzt werden, dass der Kmet seinem Aga von allen Bodenfrüchten jährlich leisten soll und zwar in verschiedenem Ausmaasse, dass sich nach den Fruchtgattungen richtet. Diese

---

[12]) Wakf lautet im Plural „Awkaf". Mévkufe heisst „das zum Wakf gewidmete (wakfisirte) Gut". Das Wort Wakf selbst bedeutet aber „Immobilisation" Unbeweglichkeit. — Aristarhi Bey im Werke législation ottomane I. Band p. 58 definirt die Wakfliegenschaften als Liegenschaften der todten Hand, die keiner Veräusserung unterliegen.

Abgabenantheile sind wieder nach den Ortschaften und Bezirken verschieden systematisirt; es giebt Bezirke, in denen alle möglichen Systeme vorkommen, vom Hälfte- bis zum Sechstelsystem. Den Samen giebt der Čifčija-Kmet allein, ausser beim Hälftesysteme, wo ihn der Aga geben soll, in welchem Falle aber der Same vor der Theilung der Fechsung abgeschlagen und dem Kmet zur kommenden Saat überlassen wird.

Je nach Uebereinkunft kann der Bauer die Naturalabgaben entweder in Geld, oder in anderen Producten reluiren, oder auch pauschaliren; ferner ist der Kmet je nach der Höhe der Systemisirung der Früchtenabgabe zu grossen und kleinen Dienstleistungen verpflichtet; endlich auch zu sonstigen Giebigkeiten verhalten.

Im Einzelnen zergliedern sich alle diese Agrarlasten folgendermassen:

A. Naturalabgaben — Hák

1. vom Getreide (Kornfrüchten);
2. von Gemüse und Grünfrüchten;
3. von Tabak;
4. von Obstfrüchten;
5. von Wein (Trauben);
6. von Heu.

Ad 1. Bei Bemessung der Abgabe von Kornfrüchten ist das Drittelsystem (trećina) vorherrschend, in einigen Bezirken das Hälftesystem, in zweien ist die Pauschalirung (pod česimom, idjare) üblich, in anderen kommen wieder alle Systeme, je nach der Ortschaft, resp. der Güte des Bodens, vor. Fast ausschliesslich trifft man das Drittelsystem in Herzegowina-Bezirken: Nevesinje, Ljubinje, Konjica und Počitelj; die Hälfte der Fechsung an Getreide wird wieder zum grossen Theile im Bezirke Foča und Stolac geliefert; im Bezirke Mostar und Ljubuški erscheinen alle Systeme fast gleichmässig vertheilt; von Grund-

stücken, die entlegen und auf Anhöhen liegen, wird ein Sechstel (šestina) eingehoben. — In der Regel wird die Abgabe an Kornfrüchten, ohne Ausnahme des Bodens, abgefordert; nun giebt es aber in den meisten Ortschaften viele Grundstücke, die durch Ausrodungen seitens der Kmeten urbar gemacht wurden; diese Forderung veranlasst die Kmeten zu den erbittertsten Beschwerden und Vorwürfen; in einigen Bezirken nehmen die berechtigten Agas auf die Abgaben solcher Gründe wohl Rücksicht und erniedrigen dieselben.

Ad 2. An Gemüse und grünen Früchten muss der Kmet in der Regel denselben Theil entrichten, wie es bei der Getreideabgabe üblich ist; steht der Kmet mit dem Grundherrn im guten Einvernehmen, so schaut er auf diese Abgabe nicht so genau, übrigens kann der Aga keine strenge Controle ausüben, viele dieser Erträgnisse sind für ihn ohne besonderen Werth, er verzichtet demnach oft auf diese Leistungen in natura und vereinbart sich mit dem Bauer über eine Reluirung, gewöhnlich in anderen Producten (Tabak, Schmalz, Schafe), seltener in Geld. In einigen Ortschaften ist das Gemüse abgabenfrei; es wird zum grossen Theile nur die Portion von Kartoffeln, Kraut, Zwiebeln und Melonen genommen, das Uebrige aber dem Pächter gelassen; die grünen Früchte werden übrigens wenig cultivirt, höchstens für den geringen Hausbedarf.

Ad 3. Bei der Tabakabgabe ist zu unterscheiden, ob der Tabak in Gärten oder auf Feldern angebaut wird; im ersten Falle wird von Tabak ein Drittel dem Grundherrn gegeben, im zweiten richtet sich aber die Abgabe nach den für das Getreide bestehenden Systemen. Ferner kommt es auch darauf an, ob der Tabak in frischem, oder bereits abgetrocknetem und sortirtem Zustande geliefert wird; giebt der Kmet den Tabak gleich bei der Fechsung, so muss er bei Bestand des Drittelsystems an Getreide die Hälfte abliefern, trocknet und sortirt er den Tabak selbst, nur ein

Drittel. Bei Bestand anderer Abgabensysteme wird dieser Usus nicht so streng eingehalten; sehr oft wird diese Abgabe pauschalirt, besonders in den Fällen, wo der Anbau im Kleinen betrieben wird. Bei der Abgabe von Tabak hat sich die Gepflogenheit eingebürgert, dass man hierbei auf den factischen Anbau des Tabaks selten Rücksicht nimmt, sondern den Tabak auch dann abfordert, wenn ihn der Kmet gar nicht gebaut hat; der Bauer wird dadurch gezwungen, den für den Tabakbau günstigen Boden dazu zu verwenden.

Ad 4. Von Obstfrüchten wird in der Regel die Hälfte an den Aga abgegeben, hin und wieder auch ein Drittel; diese Abgabe geschieht immer in natura. Auch bei der Forderung dieser Abgabe ist das Einvernehmen zwischen dem Bezugsberechtigten und dem Verpflichteten entscheidend; nicht selten bezeichnet sich der Grundherr im Vorhinein das Ausmaass der Abgabe von gewissen Fruchtsorten, in der Regel einige Bäume, von denen er seinen Antheil an Obst sucht; dadurch glaubt er der Kürzung seitens des Kmeten vorzubeugen. Oelbäume überlassen aber die Grundherren nie dem Bauer, sondern sie pflegen sie selbst und beziehen die Früchte.

Ad 5. Wo das Drittel- oder Hälftesystem der Getreideabgabe besteht, dort wird in der Regel auch an Weintrauben ein Drittel gefordert; bei niedrigeren Systemen bezieht der Aga immer den vierten Theil. Diese Abgabe ist hoch, indem der Grundholde die Rebe entweder vom Aga oder sonstwie ankaufen muss, und daher nur vom Grunde (Weingarten) den gewissen Antheil der Fechsung leistet.

Die Abgabe von Weintrauben geschieht immer in natura.

Ad 6. Die Abgabe von Heu hat ein stabileres System und zwar jenes der Hälfte, das ist vorherrschend; diese Agrarabgabe hat jedoch im Vergleich zu anderen keine grosse Bedeutung, denn die Wiesen, auf welchen jährlich gutes Heu gewonnen wird, behalten die Grundbesitzer ausschliess-

lich für sich, und verkaufen das Heu. Die erwähnte Heuabgabe betrifft nur unbedeutende Grasplätze, die allenfalls auch nur beweidet werden können; wegen der Unbedeutendheit der Abgabe wird oft auch ein geringes Relutum genommen und zwar an Kleinvieh, Schmalz, Käse, Eiern, seltener Geld. Oft fällt diese Abgabe mit der Giebigkeit von Feldrainen, Weideplätzen und Einfriedungen zusammen.

Neben den hier aufgezählten Abgaben kommen in einigen Ortschaften noch einige andere vor und zwar die Lieferung von Holz und Holzkohle. Besitzt der Aga auf dem Čiftluk auch Wälder, so ist der Kmet jedenfalls verpflichtet, hiervon jährlich etliche tovari (à tovar 100 oka) Holz oder Holzkohle, eventuell auch beides, abzuliefern.

B. Dienstleistungen — Hizmet.

Unter die Dienstleistungen werden vor Allem alle Arten von Feld- und Gartenarbeiten gerechnet, die der Kmet verrichten muss und zwar in einer bestimmten Anzahl von Tagen. Diese Anzahl von Tagewerken richtet sich nach der Höhe des Systemes der Abgabe von Getreide und Kornfrüchten; bei Bestand des Viertel- und Fünftelsystems müssen die Tagwerke stets abgearbeitet werden und zwar je nach Uebereinkunft im Jahre bis zu 50 Tagen; auch beim Drittelsystem werden die Dienstleistungen von den Kmeten gefordert, nicht allgemein, aber doch in einigen Bezirken; die Anzahl der Arbeitstage beträgt höchstens 10 Tage. Beim Hälftesysteme kommen diese Lasten nicht vor.

Der Bauer ist verpflichtet, die Tagwerke persönlich und, wo es nöthig ist, auch mit Last- und Zugthieren zu verrichten; hat er sich dem Aga zur Aufackerung von Feld oder zum Waarentransport verpflichtet, so befreit ihn der Umstand, dass er selbst keine Ackergeräthe und Thiere hat, von der Leistung nicht, er muss die Arbeit durch gedungene Kräfte verrichten. Wenn der Grundholde diese sogen. grösseren

Dienstleistungen abarbeitet, muss er und seine Thiere vom Aga unterhalten werden; dies ist jedoch nicht allgemein durchgeführt, sondern der Bauer füttert die Thiere auch selbst, so wie er für seine Nahrung sorgen muss.

Zu den grösseren Dienstleistungen wird ferner der Transport der Agrarabgaben gezählt. Der Grundholde muss nämlich alle seine Abgaben dem Grundherrn entweder in den Getreidespeicher (hambar), oder aber in seine Wohnung zuführen. Beim Hälfte- und Drittelsystem wird die an den Aga entfallende Fechsung in den Speicher im Orte selbst abgeführt; bei anderen Systemen muss der Kmet die Abgaben bis in die Wohnung des Aga, und wenn sie auch im fremden Bezirke ist, stellen. — Ausser diesen Dienstleistungen liegen den Kmeten noch andere kleine Dienstverrichtungen ob. So muss er den Getreidespeicher, die Wohnung des Grundherrn bei Nacht bewachen, Botengänge machen, Vieh warten; ist die Wohnung des Kmeten nahe an jener des Aga, so müssen alle Familienglieder des Kmeten Dienstbotenarbeiten im Hause des Aga versehen. — Es bestehen aber hinsichtlich der Dienstleistungen in den einzelnen Bezirken ganz bedeutende Ausnahmen. — Den Grund dieser Erleichterung findet man in dem höheren Abgabensysteme. Die Abarbeitung der Tagwerke wird hin und wieder auch in Geld reluirt.

C. Von den Giebigkeiten.

In den letzten 20 Jahren haben die Grundherren von den Kmeten von Allem und Jedem eine Vergütung verlangt und abgerungen, was dem Kmeten überhaupt zur Führung und Erhaltung der Wirthschaft dienlich sein konnte; dies entnimmt man aus dem Bestande von Giebigkeiten, die der Bauer ausser der Leistung der Abgaben von allen Bodenerträgnissen und Verrichtung von grossen und kleinen Dienstleistungen an den Aga abführen muss. Diese Giebigkeiten entfallen nun auf die Nutzniessung von Weideplätzen; den Grundherren ist

nicht genug der Bezug von Heu dort, wo überhaupt etwas zu gewinnen ist, sondern sie verlangen auch den Antheil an Allem, was den Thieren des Bauers zur Fütterung dient. Geniesst der Kmet eine Hutweide, einen Feldrain oder sonst einen Weideplatz des Aga, so muss er dies durch Gabe von etlichen Schafen und Ziegen, einigen Oka Schmalz und Käse, auch Eiern und Federvieh dem Aga vergüten. Diese Giebigkeiten werden Weidegiebigkeiten — travarina — genannt. Ist der Weideplatz eingefriedet, oder sonstwie gegen den freien Zutritt geschützt, so sind die Giebigkeiten viel beträchtlicher und es begnügt sich der Aga selten mit thierischen Producten, sondern bezieht Geldrelutum dafür, besonders in den Fällen, wo die Einfriedung auch Ackergrund umschliesst; das ist speciell im Mostarer Bezirke der Fall, die Giebigkeit heisst dann ogradina (von ograda = Einfriedung).

In einigen Ortschaften fordern und erhalten die Agas auch die Abgabe von Holz und Holzkohle auch dann, wenn sie keine eigenen Waldungen — Baltalyk — besitzen; der Kmet leistet dies ohne Gegennutzen.

Die Leistung von Holz und Kohle ist durch das eingeführte und strenge gehandhabte Forstschutzgesetz bedeutend erleichtert worden, denn der Pächter muss sie nur dann und insoweit erfüllen, als sich der Waldbesitzer mit der erforderlichen behördlichen Bewilligung zum Holzfällen und Kohlenbrennen ausweisen kann.

Die Weidegiebigkeit (travarina und ogradina) ist jedoch nicht im ganzen ottomanischen Reiche gleichmässig; in einigen Bezirken, Foča, Konjica, ist sie ganz unbekannt, in einigen besteht eine mässige travarina, daneben auch die ogradina nur im Bezirke Mostar (Herzegowina).

Miscelle.

Ein englisches Eheverbot.

Von

Gerichtsassessor Dr. **Fritz Rathenau** in Berlin.

Es dürfte bekannt sein, dass es in England verboten ist, die Schwester seiner verstorbenen Frau zu heirathen. Alle Versuche, dieses Verbot auf gesetzlichem Wege aufzuheben, sind bisher gescheitert; der letzte Ansturm erfolgte im House of Commons am 25. April d. J. Es ist nicht uninteressant, die Geschichte dieses Eheverbotes und der Bestrebungen zu seiner Aufhebung kurz zu skizziren.

Die Eheverbote des englischen Rechts sind aufgebaut auf dem jüdischen Recht, wie es im II. Buche Mosis XVIII. niedergelegt ist; ihre Ausdehnung wurde bis zur Reformation durch das kanonische Recht bestimmt, seitdem durch das „statute law". Der Grundsatz ist, dass Mann und Frau ein Fleisch seien und dass durch die Ehe die Verwandten des einen Ehegatten auch Blutsverwandte des anderen werden. Hiervon ausgehend, bestimmte 25. Henr. VIII. c. 22, dass die Ehe mit der Schwester der verstorbenen Frau verboten sei; dasselbe Verbot enthielt 26. Henr. VIII. c. 7; die für die Eheverbote hauptsächlich massgebende Acte 32. Henr. VIII. c. 38, deren hier einschlagender Theil verschiedentlich aufgehoben und wieder in Kraft gesetzt ist, enthält kein ausdrückliches Verbot dieser Ehen, erklärt vielmehr nur im Allgemeinen alle die Ehen für nichtig, die nicht zwischen Personen „without the Levitical degrees" geschlossen sind. Man nahm nun an, dass das Verbot der Ehen zwischen Personen, die bis zu einem gewissen Grade ver-

wandt sind, auszudehnen ist auf alle Ehen, die „in paritate rationis“ sich befinden; da aber ausdrücklich Ehen verboten sind zwischen einer Frau und ihres Gatten Bruder, so seien analog auch verboten Ehen zwischen dem Ehegatten und seiner Frau Schwester. 1563 wurde durch den Erzbischof Barker eine Tabelle aufgestellt, die die verbotenen Ehegrade enthält, auch soweit sie nicht ausdrücklich in Lev. XVIII. aufgezählt sind. Unter ihnen findet sich denn auch das Verbot der Ehe mit der Schwester seiner verstorbenen Frau. Die Tabelle fand Aufnahme in den 99. Kanon des Jahres 1603, der alle, innerhalb der in ihr aufgeführten Grade geschlossenen Ehen für „incestuous and unlawful“ erklärt und ihre Auflösung als „void from the beginning“ verlangt; dies wurde von der Praxis aber nicht als „Nichtigkeit“, sondern nur als „Anfechtbarkeit“ der Ehe vor den geistlichen Gerichtshöfen angesehen; die Anfechtung konnte nur zu Lebzeiten der Ehegatten erfolgen; ihre Wirkung war Nichtigkeit der Ehe und damit Illegitimitätserklärung der aus ihr entsprossenen Kinder. Die „Archbishop Barker's Table“ ist dem „Common-Prayer-Book“ angehängt und in jeder Kirche ausgehängt. — Eine Aenderung trat in diesem Rechtszustande im Jahre 1835 ein: die unter dem Namen „Lord Lyndhurst's Act“ bekannte und allgemein citirte „Marriage Act 1835“ (5. u. 6. Will. IV. c. 53) vom 31. Aug. 1835 bestimmte, 1. dass alle nach dem Erlass dieser Acte geschlossenen Ehen zwischen Personen innerhalb der verbotenen Ehegrade, der Verwandtschaft oder Schwägerschaft „absolutely null and void“ sein sollten; 2. bezüglich der zur Zeit des Erlasses der Acte bereits bestehenden Ehen ist ein Unterschied gemacht: die Ehen zwischen Blutsverwandten innerhalb der verbotenen Grade, die also anfechtbar waren, sollten anfechtbar bleiben; die Ehen zwischen Verschwägerten innerhalb der verbotenen Grade dagegen, sollten — soweit nicht ein Anfechtungsprocess bereits schwebte — als gesetzmässige und gültige Ehen angesehen werden[1]). Diese Acte

[1]) Der Grund dieser auffallenden Vorschriften ist darin zu suchen, dass kurz vor der Lyndhurst-Act das Haupt einer der angesehensten Adelsfamilien zwei Schwestern nach einander geheirathet habe, von deren ersterer er keinen Abkömmling, von deren Letzterer er aber einen Sohn hatte. Wäre die eheliche Abstammung dieses Sohnes bei Lebzeiten der Eltern angefochten worden und hätten die geistlichen Gerichtshöfe die zweite Ehe für „null and void“ erklärt, so wäre der Titel und die Güter

besteht noch heutigen Tages in England und Irland zu Recht, sie hat keine Geltung in Schottland. In Amerika, mit Ausnahme des Staates Virginia, sowie in fast allen englischen Colonien ist dagegen die Ehe mit der Schwester der verstorbenen Frau erlaubt, so namentlich in Südaustralien, Victoria, Neu-Südwales, Queensland. Mit Recht bemerkte in der diesjährigen Unterhausdebatte der Earl Percy, dass England mit diesem Eheverbote „absolut allein" stände; ob er dies auch mit Recht eine „splendid isolation" nennen konnte, erscheint nach den Versuchen, die die Aufhebung dieses Eheverbotes bezwecken, zweifelhaft. Bereits im Jahre 1847 wurde eine königliche Commission eingesetzt, zu dem Zwecke, die Wirkung des Ehegesetzes bezüglich der Ehen innerhalb der verbotenen Schwägerschaftsgrade festzustellen. Diese Commission fand, dass von 1364 verbotenen Ehen $^9/_{10}$ solche mit der Schwester der verstorbenen Frau waren (vgl. James Hammick, Marriage Law of England, 1887 p. 33, und Sir Brampton Gurdon im Unterhause am 24. April 1901, Times vom 25. April 1901) und dass ferner diese Ehen hauptsächlich unter den mittleren und ärmeren Klassen geschlossen seien; die Commission kam daher zu dem Ergebniss, dass die Lord Lyndhurst's Acte ihr Ziel verfehlt habe, erklärte aber, dass sie die Frage, ob und welche Massregeln zur Aenderung des bestehenden Rechts eingeführt werden sollten, ob solche zur Erleichterung oder strengeren Verhütung derartiger Ehen, „der Weisheit der Gesetzgebung" überlassen werden müsse. Seitdem sind weitere Anstrengungen im Unterhause und Oberhause gemacht worden. Nachdem anfänglich das Letztere sich gegen jede Aenderung des bestehenden Rechtszustandes gesträubt hatte, gelang es im Jahre 1896, die dritte Lesung einer die Aufhebung des Eheverbotes bezweckenden Bill mit 142 zu 104 Stimmen im Oberhause durchzusetzen. Die diesjährige Abstimmung im Unterhause ergab ein Stimmenverhältniss von 279 zu 122, d. h. eine Majorität von 157 Stimmen zu Gunsten der Bill. Trotzdem ist es mehr als zweifelhaft, ob die Bill Gesetzeskraft erlangen wird, wie auch in der Debatte von mehreren Seiten anerkannt wurde.

Zu Gunsten der Bill wird angeführt, dass die genannte Barker-

---

der Familie in eine andere Linie gelangt; um diese Wirkung der Bill zu verhindern, wurde eine Unterscheidung zwischen den bereits geschlossenen und den später zu schliessenden Ehen gemacht.

Tabelle niemals durch die Kirchensynode bestätigt sei, und dass ihre Vorschriften durch die Heilige Schrift nicht verboten seien — ertheile doch sogar der Papst Dispensationen! Auch der verstorbene Oberrabbiner Englands, Dr. Adler, der als grösste Autorität auf dem Gebiete der Auslegung des Mosaischen Rechts in England angesehen wird, (Hammick, p. 39) hat erklärt, dass die Ehe mit der Schwester der verstorbenen Frau nach Mosaischem Recht erlaubt ist; das Eheverbot in Leviticus XVIII. c. 18 beziehe sich nur auf die Ehe mit der Schwester der Frau zu Lebzeiten der Letzteren[2]) (da damals Polygamie noch nicht verboten war). Es komme ferner in Betracht, dass es für die unteren Klassen der Bevölkerung ein Bedürfniss sei und als solches empfunden werde, dass der Wittwer diejenige Person, die vielleicht schon zu Lebzeiten seiner ersten Frau in seinem Hause gelebt habe und mit den mutterlosen Kindern am vertrautesten sei, auch heirathen könne; gerade im Interesse der ärmeren Bevölkerung müsse die Acte segensreich wirken. Endlich sei auch zu beachten, dass vom steuerfiscalischen Standpunkte aus eine Verwandtschaft zwischen dem Ehegatten und seiner verstorbenen Frau Schwester nicht anerkannt werde, da für Vermächtnisse des Ersteren an seine Schwägerin dieselbe Steuer zu zahlen sei, wie für solche an Fremde. Schliesslich beriefen sich die Befürworter der Bill auch darauf, dass alle die Colonialgesetze, die die fragliche Ehe zulassen, die Zustimmung der britischen Krone erlangt haben, und dass Männer wie Lord Beaconsfield, Gladstone, Lord Salisbury diese Acte der Königin zur Genehmigung vorgelegt haben. Für das Gesammtreich der Krone könne es aber nicht zwei Massstäbe für die Moral geben; was in London moralisch unrecht sei, müsse es auch in Melbourne sein — ein Standpunkt, der allerdings höchst zweifelhaft erscheint!

Die Opposition gegen die Bill wird namentlich von der conservativen Partei (die „Times“ und der „Standard“ stehen an der Spitze), von der kirchlichen Partei (den Bischöfen und der niederen Geistlichkeit), sowie angeblich von der englischen Frauenwelt getragen; dass der römisch-katholische Theil der Bevölkerung gegen die Aenderung ist, bedarf keiner besonderen Hervorhebung. Die Opposition erklärt in erster Linie — unter Missachtung der histo-

---

[2]) [Dies ist sicher und schon vielfach nachgewiesen worden. Kohler.]

rischen Beweisführung — die Ehe zwischen dem Ehemann und seiner Schwägerin sei „contrary to God's law“ [3]), da die Ehe zwischen den Ehegatten ein unlösliches Band und solche Einheit schaffe, dass eben auch die Verwandten des einen Ehegatten mit diesem nicht nur verschwägert, sondern auch verwandt seien. Das Princip des englischen Eherechts würde durch die Bill einen Stoss erleiden, dessen Wirkung nicht abzusehen sei, da man nicht wissen könne, wo mit den Neuerungen, wenn überhaupt, Halt gemacht werden solle. Die Nothwendigkeit der Bill sei nicht erwiesen, man habe kein neueres statistisches Material. Statt eines einheitlich aufgebauten, durch Jahrhunderte lange Gewöhnung und Tradition geheiligten Eherechts wolle man ein Recht setzen, das an den Grundlagen der Moral rüttele: denn wenn die Bill Gesetz würde, so könnte die Schwester der verstorbenen Frau, „der natürliche und eigentliche Beistand des mit seinen Kindern hinterbliebenen Wittwers“ nicht mehr mit ihm unter einem Dache leben — es sei denn, dass sie verheirathet wären; die Schwestern der ersten Frau würden daher, um nicht Verdächtigungen ausgesetzt zu sein, das Haus alsbald verlassen müssen, wo sie, ohne die Möglichkeit späterer Heirath zu haben, nach dem bisherigen Recht, „without scandal“ hätten leben können; sie seien also nicht mehr länger Schwestern, sondern Fremde. Der Hinweis auf das amerikanische und das Colonialrecht könne nicht verfangen, da den Colonien ihr Gesetzgebungsrecht geblieben sei, sie nicht eine alte und wohlerprobte Ehegesetzgebung hätten und die Erfahrungen mit dem die Ehen gestattenden Recht denn doch zu gering seien; ja die „Times“ vom 25. April 1901 fügen noch hinzu, dass der Hinweis auf Amerika höchst unglücklich sei, da dort die Vereinigung zwischen den beiden Geschlechtern derart sei, dass man es würde bedauern müssen, Aehnliches in England zu sehen!

Man ersieht aus dieser Skizze, dass England mit Starrheit und Energie an seinen Rechtseinrichtungen festhält, auch wenn man fast in der ganzen civilisirten Welt entgegengesetzte Principien angenommen hat.

---

[3]) Vgl. auch die Aussprüche des Lord Chancellor im Falle Brook c/a. Brook, House of Lords-Cases IX p. 193 ff.; und im Falle Howarth c/a. Mills, Law Reports, Equity Cases, Bd. 2, p. 389 ff.

Literarische Anzeigen.

Nieboer, Slavery as an industrial system. Haag 1900. XXVII, 474 S.

Der Verfasser will die Bedingungen darstellen, unter denen sich die Sklaverei als Arbeitssystem entwickelt hat, und kommt nach langer mühsamer Einzeldarstellung zu dem Ergebnisse, das jeder schon kannte, dass man eben Arbeitssklaven da hat, wo man sie brauchen kann, und dass sie da fehlen, wo man keine Arbeit für sie findet. Er scheidet dabei die Völker in solche mit begrenzten und unbegrenzten Hülfsmitteln; natürlich: wenn ein Volk mit der Arbeit wenig anfangen kann und mehr an die Gaben der Natur gewiesen ist, so liegt seine mögliche Güterwelt in engen Schranken.

Das Werk sucht dabei zunächst die Sklaverei von anderen, scheinbar ähnlichen Erscheinungen zu unterscheiden; dieser Versuch ist sehr wenig gelungen: die Sklaverei ist ein juristischer Begriff, die Art der Scheidung zeigt aber alles andere als scharfe juristische Analyse. Die Definition, dass Sklaverei vorliegt, wenn ein Mann Eigenthum oder Besitz (property or possession) eines Andern sei (p. 7), ist unhaltbar.

Sodann wird die Sklaverei oder Scheinsklaverei bei verschiedenen Völkern untersucht, und so auch bei den Marschallanern. Hier will er meine, auf den directen Bericht eines Beobachters wie Jung gegebene, Aufstellung bekämpfen (p. 102 f.). Ich glaube: die jetzige ausführliche Darstellung in Zeitschrift XIV S. 427 f. wird nunmehr alle Zweifel über die Stellungen der Armidj auf den Marschallinseln heben: sie sind unfrei, sie gehören den Irodj oder Buraks an, denen das Land, denen selbst ihr bewegliches Vermögen zukommt, die ihnen die Weiber wegnehmen, die sie misshandeln und

tödten dürfen. Ich glaube, dies genügt, um den Bemängelungen des Verfassers jede Grundlage zu entziehen, als wären die Armidj keine Sklaven, sondern nur eine unterdrückte Klasse von Landbewohnern.

Wir können nicht annehmen, dass die wissenschaftlichen Fragen durch das weitschweifige Werk wesentlich gefördert sind. Dafür fehlt es zu sehr an Schärfe der juristischen Auffassung und Durchführung der juristischen Grundsätze. Als Materialsammlung ist es immerhin von Bedeutung, und manche anregende Bemerkung mag für den eben dargelegten Irrthum entschädigen. **Kohler.**

Förster, Dr. Gerhard, Das mosaische Strafrecht in seiner geschichtlichen Entwickelung. Leipzig, (Veit & Co.) 1900. (Ausgewählte Doktordissertationen der Leipziger Juristenfacultät.) 91 Seiten.

Seit den Tagen, da Michaelis in kindlicher Naivität sein Mosaisches Recht geschrieben, hat die historisch-kritische Forschung in den jüdischen Religionsschriften eine Fülle allerwichtigster Ergebnisse erzielt. Was sich als einmalige Offenbarung darstellt, erschien dem kritischen Blicke als ein Zusammengesetztes aus Aussprüchen verschiedenster Zeiten. Verfasser verwendet diese Ergebnisse für die strafrechtlichen Satzungen der heiligen Schriften. Er geht in der Darstellung der Rache als Rechtssitte in vorhistorische Zeiten zurück und weist mit Bezug auf Grundanschauungen wie auch mit Bezug auf die Behandlung einzelner Verbrechen interessante Entwickelungsgänge nach. Die gut geschriebenen Abhandlungen beruhen augenscheinlich auf tüchtigen Quellen- und Literaturstudien. **Zürcher.**

Schott, Dr. Richard, Privatdocent an der Universität Breslau; Das Armenrecht der deutschen Civilprocessordnung. Mit einem Beitrag zur Lehre vom Parteibegriff. Jena, Gustav Fischer 1900. 186 S. (Zugleich als IV. Band, 3. Heft der Abhandlungen zum Privatrecht und Civilprocess des Deutschen Reiches, herausgegeben von Prof. O. Fischer.)

Das Buch giebt in einem ersten Abschnitt eine Geschichte des Armenrechtes im römischen, kanonischen, deutschen und französischen Rechte und berührt auch andere fremde Rechte. Eine überaus

interessante Rechtsvergleichung, die zugleich auch eine Geschichte und Darstellung der verschiedenen Kostensysteme: Unentgeltlichkeit der Rechtspflege, Strafen des Unterliegens, Sporteln, Gebühren, darbietet. Der zweite Theil enthält in ausführlicher dogmatischer Darstellung das geltende deutsche Recht, und in einem dritten Theile werden, auf der soliden Grundlage des Vorangegangenen, Abänderungsvorschläge theils kritisch beleuchtet, theils neu formulirt.

Die klare, fliessende Darstellungsweise des Verfassers erhöht die Freude an dieser wirklichen Bereicherung der vergleichenden und deutschen Processrechtswissenschaft, von der auch der Praktiker Nutzen ziehen wird. **Zürcher.**

Kade, Carl, Landgerichtsrath, Die Privatklage in den Strafprocessordnungen der Jetztzeit, insbesondere in der deutschen Reichsstrafprocessordnung. Berlin 1900. 116 S. Preis 3 Mark.

Die Schrift giebt ausser der einlässlicheren Darstellung des geltenden Rechtes in Deutschland, Oesterreich-Ungarn, Frankreich und England eine knapp gehaltene Uebersicht des einschlägigen Rechtszustandes von weiteren zwanzig europäischen Staaten und einigen aussereuropäischen Ländern. Vom Standpunkte des werdenden Rechtes aus lehnt der Verfasser nicht allein die subsidiäre Privatstrafklage entschieden ab, sondern er möchte auch die principale Privatstrafklage gänzlich beseitigen. Soll nun aber der Staatsanwalt mit allen den zahlreichen Injurienfällen befasst werden? Der Verfasser befürwortet im Anschluss an eine Anregung Binding's die Einrichtung besonderer Ehrenschiedsgerichte, die auf eine nahezu kostenfreie Verhandlung über die zu leistende Ehrengenugthuung entscheiden würden, während die Anrufung des ordentlichen Gerichtes als zweite Instanz mit hohen Gebühren zu belasten wäre.

Zürcher.

Verzeichniss der bei der Redaktion seit Februar 1899 bis Ende 1900 eingegangenen und noch nicht besonders recensirten Werke [1].

Dickel, K. Rechtsfälle. Zum Gebrauche bei Vorlesungen und jurist. Uebungen. Heft 2. Gerichtsverfassung, Civilprocess,

---

[1]) Letztes Verzeichniss in Bd. XV S. 160.

Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen, Konkurs. Berlin, Vahlen 1899.

Rietsch, K. L. Das Eschatokoll und die Zukunftsform der Notariatsakte. Wien, Manz 1899.

Festgabe der Greifswalder jurist. Fakultät für E. J. Bekker. (Bierling, Gesammtwille und Gesammthandlung, Stampe, Der letzte Regulirungsprocess auf Rügen. Stoerk, D.B.G.B. und der Gesetzgebungsapparat des D. Reichs.) Greifswald, Abel 1899.

Reuterskiöld, L. A. Ueber Rechtsauslegung. Eine rechtsdogmat. Principienuntersuchung. Mit Berücksichtigung des römischen und des schwedischen Rechts, sowie der neueren, insbesondere der deutschen Rechtsliteratur. S. O. a. Upsala Univeritets Arsskrift. Leipzig, Haranovitz 1899.

Ciolfi, Ettore, La Vertenza Italo-Colombiana alle sezioni unite della Corte di Cassazione Estr. dell. Rivista d. Giurispr. e Dottrina XIII, I, 4. Roma, Tip. dell' unione coop. edit. 1899.

Rivista universale di Giurisprudenze e Dottrina in Materie civile, Commerciale, Penale ed Amministrative. (Ciolfi Mazza) XIII. IV.

Comité maritime international. Bullet. Nr. 5, Conférence d'Anvers. Nr. 6 Conférence de Londres. Bull. Nr. 7 u. 8. Conférence de Paris. Rapports préliminaires. I. Anvers, Buschmann.

Gilson, J. L'Etude du Droit Romain, comparé aux autres droits de l'Antiquité. Paris/Strassburg, Larose et Forcel 1899.

Kurnig, Der Pessimismus der Anderen. Pessimistische „Geflügelte Worte und Citate". Leipzig, Spohr 1899.

Rascher, O. Das Contumazialverfahren in der Schweizer.-Civilprocess. Gesetzgebung. Zürich, Rascher 1899.

Rivier, Alph. Lehrbuch des Völkerrechts. 2. Auflage.

Niedner, A. Commentar zum B.G.B.: das Einführungsgesetz. Berlin, Heymann 1899.

Ferriani, C. L. (deutsch von Ruhemann). Schlaue und glückliche Verbrecher. Ein Beitrag zur gerichtlichen und gesellschaftlichen Psychologie. Berlin, Cronbach 1899.

Auffroy, Henri. Évolution du Testament en France. Des origines au XIII siècle. Paris, Rousseau 1899.

Helmholt, H. F. Weltgeschichte I u. II. Bd. Leipzig, Wien 1899. Bibl. Instit.

Reimer. Wegweiser durch die Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen. Für die Praxis des B.G.B. zusammengestellt. I. II. Berlin, Vahlen 1899.

Lévy, M. E. Responsabilité et Contrat. Extrait de la Revue crit. de légis. et jurisprud. Paris, Pichon.

Wertheim, K. Wörterbuch des Englischen Rechts. Berlin, Puttkammer & Mühlbrecht 1899.

International maritime Committee. Report of the London Conference in Collisions at sea (both to blame) and Limitation of Shipowners Liability held July 13. 14. 15. 1899.

Priester, O. Die Deportation ein modernes Strafmittel. Berlin, Vahlen 1899.

Pierantoni, A. Die Fortschritte des Völkerrechts im 19. Jahrhundert. Uebersetzt von Scholz 1899. Berlin, Vahlen.

Termin und Reproduktionskalender mit eingedruckten Daten für das Jahr 1900. Halberstadt, Meyer.

Förtsch, R. Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung in der am 1. Januar 1900 in Wirksamkeit tretenden Fassung. 2. Aufl. Leipzig, Rossberg 1899.

Rendiconto della tornate e dei lavori dell' Accademia di Scienze morali e politiche. Anno 37. Napoli 1898.

Atti della R. Accademia di Scienze morali e politiche. 30. Napoli 1899.

Handelsakademie. Kaufmännische Wochenschrift. (Huberti.) VI. 37. 1899.

Birkmeyer, K. Der Schutz der editio princeps. Weimar, Hinsdorff 1899.

Bulletin de l'association belge pour l'unification du droit maritime. Anvers, Buschmann 1899.

Bernhardi, H. Handwörterbuch zum B.G.B. 2. Aufl. Berlin, Vahlen 1899.

Eberstadt, R. Das französische Gewerberecht und die Schaffung staatlicher Gesetzgebung und Verwaltung in Frankreich vom 13. Jahrhundert bis 1587. Leipzig, Duncker & Humblot 1899.

Leggemann, Carl. Lombroso's Theorie vom geborenen Verbrecher, die „positive Strafrechtsschule“ und der Einfluss beider auf die Strafrechtspflege. Düsseldorf, Voss 1899.

Brie, S. Die Lehre vom Gewohnheitsrecht. Eine historisch-dogmatische Untersuchung. Theil I. Breslau, Marcus 1899.

Weigelin. Pfändungspfandrecht an Forderungen nach heutigem deutschem Recht. Stuttgart, Kohlhammer 1899.

Plattner. Die Rechtsverhältnisse der Mitglieder in der Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaft. Berner Diss. Aarau, Sauerländer 1899.

Heinicke. Von der Organisation des ärztlichen Standes in Thüringen im Jahre 1899. Als Manuscript gedruckt.

Jäger, Ernst. Die Concursordnung auf der Grundlage des neuen Reichsrechts. Heft 3, 4, 5, 6. Berlin, Heine 1899.

Mattes, K. Ist die Amortisation einer Urkunde zulässig, die der Antragsteller selbst absichtlich oder unabsichtlich vernichtet hat? Stuttgart, Kohlhammer 1899.

Suess, E. Der Gegenstand des Strafschutzes bei den Verbrechen der öffentlichen Gewaltthätigkeit nach österr. Recht. Wien, Hölder 1900.

Ferriani (deutsch von Ruhemann). Schreibende Verbrecher. Berlin, Crombach 1900.

Comité maritime international. Conférence de Londres. Bull. 6. Juillet 1899. Anvers, Buschmann 1900.

Fuchs, Eug. Grunderbrecht. Commentar zu den grundl. Normen des B.G.B. und zur Grundbuchordnung Heft 2, 3, 4, 6, 7. Berlin, Heine 1900.

Mamelock, Arth. Die juristische Person im internationalen Privatrecht. Zürich, Rascher 1900.

Kloss, Rich. Das Notariat im Königreich Sachsen. Leipzig, Rossberg 1900.

Arndt, Adolf. Können Rechte der Agnaten auf die Thronfolge nur durch Staatsgesetz geändert werden? Berlin, Heinz 1900.

Pikler, J. und **Somló**, F. Der Ursprung des Totemismus. Ein Beitrag zur materialistischen Geschichtsphilosophie. Berlin, Hoffmann 1900.

Müller, Otto. Untersuchungen zur Geschichte des attischen Bürger- und Eherechts. (Sonderabdruck aus Jahrbuch für klassische Philologie 25.) Leipzig, Teubner 1899.

Bürgerliches Gesetzbuch. Buch V. Das Recht der Forderungen. Entwurf der Allerhöchst eingesetzten Redactionscommission zur

Abfassung eines B.G.B. Aus dem Russischen übersetzt unter Redaction des vereideten Rechtsanwalts Nicolaus v. Seeler. Herausgegeben vom Rigaer Börsencomité. Riga 1900[1]).

Schollenberger, Grundriss des Staats- und Verwaltungsrechts der Schweizer Cantone. Band I, Staatsrecht. Zürich, Leemann Commissionsverlag 1900.

Bastian. Die Völkerkunde und der Volksverkehr mit seiner Rückwirkung auf die Volksgeschichte. Berlin, Weidmann 1900.

Greiner. Das ältere Recht der Reichsstadt Rottweil. Stuttgart, Kohlhammer 1900.

Mühlbrecht, O. Bibliographie des B.G.B. und seiner Nebengesetze. Berlin, Putkammer & Mühlbrecht 1900.

Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeiten und des Grundbuchrechts. Zus. im Reichsjustizamt I. Berlin, Putkammer & Mühlbrecht 1900.

Wulff, C. Die Gefängnisse der Justizverwaltung in Preussen, ihre Einrichtung und Verwaltung. Ein Handbuch für den prakt. Gebrauch. 2. Aufl. Hamburg, Richter 1900.

Schurtz, Hch. Urgeschichte der Kultur. Lief. 1. Leipzig/Wien. Bibliogr. Institut 1900.

Leonhard, Rud. Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts. Heft 1. Das neue Gesetzbuch als Wendepunkt der Privatrechtswissenschaft von Leonhard. Heft 2. Die Bedeutung der Anfechtbarkeit für Dritte, von Martin Bruck. Breslau, Marcus 1900.

Lambert, Ed. Une réforme nécessaire des études de droit civil. Paris 1900. Extr. de la Revue intern. de l'enseignement. Paris, Chevalier-Maresq et Co. 1900.

Bastian, A. Die humanistischen Studien in ihrer Behandlungsweise nach comparativ-genetischer Methode auf naturwiss. Grundlage. Prolegomena zu einer ethnischen Psychologie. Berlin, Dümmler 1901.

---

[1]) Vgl. oben Bd. XIV S. 395 ff.

VIII.

Rechte der deutschen Schutzgebiete.

Von

J. Kohler.

V. Das Recht der Betschuanen.

§ 1.

Die Betschuanen[1]) sind eine der verbreitetsten Völkerschaften der Bantu, die auf der einen Seite an die Zulus, auf der anderen an die Ovahereros anstösst, sich selbst wieder in eine Unzahl von Stämmen zersplittert, und vom Osten Afrikas bis in unser Südwestdeutsches Schutzgebiet hineinragt.

Ihr Recht ist besonders dadurch interessant, dass es uns eine lehrreiche historische Entwickelung darbietet. Die Geschichte zeigt einen ständigen Zerfall der alten Einrichtung und eine Uebernahme rationeller moderner Ideen.

Unsere Nachrichten von den Betschuanen stammen zunächst vom Districtchef von Gobabis, von Premierleutnant Heldt; er spricht über die in deutsch Süd-West-Afrika vorhandenen Betschuanen. Dazu kommt aber die eingehende Schilderung des Rechts eines ihrer Hauptstämme, der Basuto, von Casalis (Paris 1859), welche die Erfahrungen von 1836—1859 wiedergiebt, sowie die ausgezeichneten Nachrichten über die eine

---

[1]) Vgl. auch Fritsch, Eingeborene Südafrikas S. 149 f.

besondere Klasse bildenden Baronga, worüber bereits XIV S. 456 f. gehandelt worden ist.

A. Rechtsgrundlagen.

§ 2.

Dass sich bei den Baronga gruppeneheliche Reminiscenzen finden, ist XIV S. 459 f. dargelegt worden. Bei den übrigen Betschuanenstämmen scheinen sie verschwunden zu sein. Heldt erzählt folgendes:

Man bezeichnet Vater mit Hgarre, Mutter mit Mma, Vaters- und Muttersbruder mit Malome, Vaters- und Mutterschwester mit Rakali, Neffe mit Noanagolole, Nichte mit Noanaka, Vetter mit Nzala, Grossvater und Grossvatersbruder mit Hgarremogob.

Hiernach bezeichnet man also insbesondere auch den Vatersbruder mit malome, ein Wort, das in der Sprache der Baronga nur den Muttersbruder benennt, während der Vatersbruder = Vater (tatane) ist.

Nur der aus gruppenehelichen Verhältnissen hervorgegangene Satz von der Reihenfolge der Eheschliessungen besteht hier weiter, wie bei so vielen Völkern; denn nach der Gruppenehe ist es selbstverständlich, dass das jüngere Geschwister nicht vor dem älteren Geschwister verheirathet sein kann (wohl aber umgekehrt, denn wenn auch alle Geschwister gleichzeitig heirathen, so tritt doch begreiflicherweise das jüngere Geschwister oft erst nach dem älteren in die „Eheactivität"). So daher auch die Betschuanen:

Das jüngere Kind darf erst nach dem älteren heirathen. Wer diese Bestimmungen verletzt, bekommt keine Strafe (Heldt).

Dasselbe berichtet Casalis von den Basutos (p. 193).

Von Totemismus sagt Heldt:

Totemismus besteht nicht.

Auch bei den Barongas finden sich nur wenige Ueberreste (XIV S. 458 f.), wohl aber werden solche von den Basutos erzählt in den über ein halbes Jahrhundert zurückreichenden Nachrichten von Casalis. Nach seinen Schilderungen ist der Totemismus noch sehr durchsichtig: es sind

grosse Gruppen, aus welchen die Stämme bestehen, und jede Gruppe verehrt ein Thier, trägt seinen Namen, betrachtet es als Stammvater und tödtet es nicht, oder nur unter grossen Vorbehalten, und hat eigene Gebräuche.

Hiernach heissen (p. 221) beispielsweise die Bakuenas Leute des Krokodils[2]), die Batlapi Leute des Fisches, die Bachuenengs Leute der Affen, die Banares Leute des Büffels, die Batlus Leute des Elephanten, die Bataungs Leute des Löwen, die Banukus Leute des Stachelschweins. Aber auch Pflanzentotems giebt es: die Bamoraras heissen Leute des wilden Weins. Die Basutos selbst sind kein Totem, sondern eine Vereinigung von etwa 6 Totems zu einem Stamm, dessen Haupttotem die Bakuenas, die Krokodilleute, sind.

Auch die Sagenwelt weist totemistische Züge auf; so die Sage von dem Mädchen, das getödtet und in Staub verwandelt, von dem Krokodil wiedererweckt wird und nun mit dem Krokodil lebt (Casalis p. 360 f.).

Dahin zielt auch der vielverbreitete Glaube, dass die Todten (zwar nicht in das Stammthier, wohl aber) in Schlangen verwandelt werden (Casalis p. 260).

Doch scheint die totemistische Vorstellung keinen Einfluss auf die Rechtsstellung auszuüben; und so ist auch die Exogamie keine stammesmässige mehr: die Ehe findet im Stamme statt, sie kann also auch im Totem erfolgen; vermieden werden nur die Beziehung vom Onkel zur Nichte an. Dies scheint sich wenigstens aus dem Bericht von Heldt zu ergeben.

Der Mann darf nur eine Frau desselben Stammes nehmen, kann auch eine Frau aus der Verwandtschaft nehmen, bis zur Cousine, darf aber nicht seine Nichte heirathen.

§ 3.

Der Geistercult ist hauptsächlich Cult der Verstorbenen (Casalis p. 260)[3]). Diesem Totencult und dieser

---

[2]) Vgl. auch Fritsch S. 152.

[3]) Vgl. auch Fritsch S. 200 f.

Scheu vor dem Toten entspricht auch das Trauerjahr für Mann und Frau. Heldt berichtet darüber:

Wenn ein Mann oder eine Frau gestorben ist, so darf der oder die Ueberlebende erst nach einem Jahre wieder heirathen.

B. Personenrecht.

§ 4.

Die Ehe ist Kaufehe geworden, und damit hat sich das Vaterrecht entwickelt. Der Frauenkauf selbst scheint sich aber verflüchtigt zu haben, da Heldt sagt:

Die Frau wird nicht gekauft.

Das gilt aber jedenfalls nicht durchaus; bei den Baronga wird das lobola, ein Frauenpreis bezahlt; und jedenfalls war früher der Frauenkauf allgemein üblich. Von den Basutos wird uns dies eingehend erzählt: der Kaufpreis heisse bohari und bestehe aus einer Anzahl Rinder (Casalis p. 191 f.). Richtig ist wohl, dass der Kaufpreis unter der Maske der Schenkung versteckt wird[4]).

Wie bei anderen Bantus gilt auch hier der Satz: Das bohari ist im Fall der Ehescheidung zurückzuzahlen, es müsste denn die Ehe eine fruchtbare sein, in welchem Fall die Kinder als Ersatz des Kaufpreises gelten (Casalis p. 193). Im Fall des Ehebruchs soll ausserdem (nach Heldt) das Vermögen der Frau an den Mann kommen.

Und auch hier besteht die Vorschrift, dass die Frau an den Erben ihres verstorbenen Mannes fällt, und die Kinder des Schwagers gelten als Kinder des verstorbenen Mannes; so bei den Basutos (Casalis p. 199) — ein Ueberrest der Gruppenehe, welcher auch bei den Barongas nachweisbar ist (XIV S. 4).

Im modernen Recht scheint allerdings dieses Leviratsrecht bei manchen Stämmen geschwunden zu sein; denn Heldt erzählt kategorisch:

---

[4]) Fritsch S. 192.

Die Wittwe steht für sich allein, die Erben des Mannes haben kein Anrecht auf sie. Sie kann wieder heirathen, muss aber ihr ganzes Vermögen, sowie das Erbtheil ihres 1. Mannes und ihr Haus ihren Kindern (des 1. Mannes) überlassen.

Mit der Kaufehe entstand das Vaterrecht. Heldt sagt darüber:

Es besteht Vaterrecht, das Kind folgt stets der Familie des Vaters, auch bei verschiedenen Formen der Ehe.

Das Vermögen erbt vom Vater auf die Kinder, im Erbrecht besteht kein Unterschied zwischen freien und unfreien Söhnen, zwischen Söhnen und Töchtern.

Entsprechend ist auch das väterliche Hausherrnrecht kräftig entwickelt, jedoch nicht bis zur Vernichtung der Person der Hausmitglieder. Heldt berichtet:

Der Familienvater ist das Oberhaupt der Familie, er darf seine Frau und Kinder schlagen, wenn dieselben etwas verschuldet haben, aber nicht verkaufen, verpfänden oder verleihen.

Wesshalb auch, wie später zu erwähnen, die Schuldhaft des Vaters die Familie nicht mittrifft.

Auch die Anerkennung des Individuums scheint schon erfolgt zu sein, da die Tochter nur mit ihrer Einwilligung zur Ehe gegeben werden darf.

Der Vater und Mundwalt können die Frau zur Ehe geben, bedürfen aber ihrer Einwilligung (Heldt).

Dagegen heisst es weiter:

Das Eigenthum gehört stets dem Familienoberhaupt (Heldt).

§ 5.

Als Ueberrest des Mutterrechts gilt noch das von Casalis bei den Basutos beobachtete Avunculat: der mütterliche Oheim spielt in der Familie eine grosse Rolle: er gilt als der natürliche Beschützer seines Neffen, macht ihm bei der Jünglingsweihe ein Geschenk, giebt ihm bei der Hochzeit einen Theil des Frauenpreises, bekommt aber auch einen Theil der vom Neffen gemachten Beute (Casalis p. 190, 281).

§ 6.

Die Vielweiberei ist hier, wie bei allen Bantus, üblich gewesen; so bei den Basutos (Casalis p. 194 f.) [5]), und zwar in der Weise, dass die eine Frau Hauptfrau, die anderen Nebenfrauen waren (Casalis p. 195 f.). Jede Frau hatte ihre Hütte und ihren Haushalt für sich (Casalis p. 198). Das Christenthum hat allerdings die Vielehe meist verdrängt. Heldt sagt hiervon:

Nach dem Uebertritt zum Christenthum ist Vielweiberei verboten, diejenigen Männer aber, die vordem schon mehrere Frauen hatten, haben dieselben behalten. Jede Frau hat ihren eigenen Haushalt und lebt mit ihren Kindern zusammen.

Damit scheint auch, soweit noch Polygamiefälle vorkommen, der Unterschied in der Stellung der mehreren Frauen gewichen zu sein; das Vorrecht der ersten Frau bricht aber noch in einer besonderen Folgerung hervor, von der Heldt erzählt:

Keine der mehreren Frauen hat gewisse Vorrechte. Falls der Mann krank wird in dem Hause seiner 2. oder 3. Frau, so wird er stets in das Haus seiner 1. Frau getragen, da er nur dort sterben soll.

§ 7.

Das Namenrecht ist atavistisch und ominös; das Kind wird nach einem Vorfahren, der erste Sohn meist nach dem Grossvater benannt; oder man benennt es nach besonderen Eigenschaften oder nach Vorfällen oder Umständen bei der Geburt (Casalis p. 203) [6]). Bei der Jünglingsweihe nahm der Jüngling früher einen neuen Namen an, den er selbst wählte (Casalis p. 203, 281).

Hierüber besagt Heldt:

Das Kind bekommt seinen Namen, wenn es acht Tage alt ist. Derselbe wird ihm gegeben vom Vater, der älteste Sohn trägt meistens den

---

[5]) Vgl. auch Fritsch S. 192.

[6]) Vgl. Fritsch S. 205.

Namen des Grossvaters, die anderen Kinder erhalten Namen aus der Familie der Eltern.

§ 8.

Die Jünglingsweihe gehört zu den Einrichtungen, die bei Eindringen des Christenthums und der europäischen Cultur um so leichter verschwinden, als sie gewisse Unbequemlichkeiten an sich tragen, die zu vermeiden man sich leicht entschliesst. Wie bei manchen anderen Bantus, so ist sie auch hier verschwunden; so im grossen Ganzen bei den Barongas, und auch im Uebrigen erzählt Heldt:

Jünglingsweihe, Beschneidung und Tätowirung bestehen nicht. Der Jüngling muss aber, bevor er Mann wird, einen Viehbestand von mindestens zwei Kühen haben.

Zur Zeit von Casalis war die Weihe, das mopato (= Geheimniss)[7]) bei den Basutos noch in voller Blüthe. Die Weihe dauerte sechs Monate: die Jünglinge zogen sich in eine einsame Gegend zurück, sie wurden beschnitten[8]) und wurden in der Einsamkeit strengen Bräuchen und scharfen Büssungen (durch Peitschenhiebe) unterworfen, auch in bestimmten Dingen unterrichtet (Casalis p. 275 f.). Frauen und Kindern, überhaupt Unbeschnittenen war das Betreten der Weihestätte streng untersagt. Auch für Mädchen gab es eine Art Weihung, indem auch sie eine Zeitlang im Verborgenen gehalten und mit weisser Erde bestrichen und einer Art Maske versehen wurden (Casalis p. 283 f.)

§ 9.

Anders, als bei manchen anderen Bantustämmen, wird auf die Keuschheit der unverheiratheten Männer und Mädchen grosser Werth gelegt; Fehltritte büssen mit Peitschen-

---

[7]) Mopato heisst auch der Ort, wo die Weihe stattfindet, vgl. Fritsch S. 206. Die Weihung hiess auch boguera, die Weihung für Frauen boyale, vgl. ebenda S. 206 f.

[8]) Vgl. Fritsch S. 205. Die Beschneidung ist allgemeine Bantusitte; vgl. auch Brincker im Globus 62 S. 41 f.

hieben; früher gab es noch eine eigene Gottesprobe zur Bezeugung der Unschuld: wer das erste Feuer an zwei Holzstäben erregt, wer die Milch gewisser Kühe trinkt, muss unschuldig sein; wäre er es nicht, so würde er krank werden und sterben; er bekannte daher eher die Schuld, als dass er sich der Probe unterwarf (Casalis p. 282 f.).

Diese Gottesprobe ist mit Verbreitung des Christenthums verschwunden; die Sache besteht aber noch; so sagt Heldt:

Auf Keuschheit wird Werth gelegt, der geschlechtliche Umgang ist strenge verboten. Uebertretung des Verbots wird mit Peitschenhieben bestraft. Die unehelichen Kinder nehmen keine besondere Stellung ein. Wird ein uneheliches Kind geboren, so wird das Mädchen, sowie der Jüngling beide zuerst mit Peitschenhieben bestraft, dann muss der Jüngling noch eine vom Kapitän zu bestimmende Anzahl Vieh an den Vater des Mädchens bezahlen und zuletzt müssen die Beiden sich heirathen. Wird ein uneheliches Kind geboren, dessen Vater aber ein Mann ist, so muss er auch eine bestimmte Summe an den Vater des Mädchens bezahlen, ausserdem das Mädchen und Kind so lange ernähren, bis Ersteres einen Mann bekommt.

§ 10.

Blutsbrüderschaft soll keine bestehen (Heldt); sie ist wohl mit der Blutrache untergegangen.

Auch die Ankindung scheint nicht mehr vorzukommen (Heldt); sie gilt auch bei den Baronga fast nur in gruppenehelichen Kreisen (s. XIV S. 469).

C. Vermögensrecht.

I. Eigenthumsrecht.

§ 11.

Auch bezüglich des Vermögensrechts, namentlich des Bodenrechts sind bedeutende Umwandlungen festzustellen. Casalis schildert uns noch den Boden als Gemeinland, das den verschiedenen Familien zugewiesen wird. Der Empfänger verlor das Grundstück, wenn er ausser Lands ging; von einer Veräusserung war keine Rede (Casalis p. 167 f.).

Dies hat eine tiefe Wandlung erfahren; das volle Grundeigenthum ist entstanden. Heldt sagt:

Wer Grund und Boden besitzt, betrachtet dasselbe als sein Eigenthum, mit dem er thun und machen kann, was er will. Die Beziehung des Einzelnen zum Boden wird entweder durch Erbschaft oder Kauf erworben.

Kommunistische Verhältnisse bestehen nicht. Der eine bekommt von dem Ueberschuss des Andern, hat aber kein Recht darauf. Der Wanderer hat keinen Anspruch auf Gastfreundschaft, wird aber stets gastfreundlich aufgenommen. Ein Vorkaufsrecht der Familien- und Dorfmitglieder im Falle der Veräusserung besteht nicht.

Ein Geisterschutz des Eigenthumes durch tabu oder matakau ist dem Banturecht nicht fremd[9]); bei den Betschuanen scheint er aber wenig bekannt zu sein. So sagt auch Heldt:

Das Eigenthum wird nicht durch Zauber geschützt.

Dass die gestohlene und verlorene Sache in die Hand eines jeden Dritten verfolgt werden kann, ist allgemeines Banturecht[10]); so auch bei den Betschuanen. Heldt berichtet:

Der Eigenthümer einer gestohlenen oder verlorenen Sache kann sie von jedem Besitzer ohne Entschädigung zurückfordern. Die verlorene Sache gehört stets dem, der sie verloren hat, und die erlegte Sache dem, der sie erlegt hat.

II. Verkehrsrecht.

§ 12.

Das Verkehrsrecht zeigt bereits eine ziemliche Entwickelung.

So bestehen namentlich die Tauschgeschäfte; bedeutungsvoll ist, dass bei Fehlerhaftigkeit der eingetauschten Sache innerhalb 5 Tagen gewandelt werden kann, was Heldt allerdings in eigenthümlicher Weise ausdrückt:

---

[9]) Vgl. Negerrecht S. 31 f.

[10]) Vgl. Negerrecht S. 32.

Die Gefahr der Sache geht auf den Verkäufer über, wenn der Käufer nach dem Kauf einen Fehler bemerkt, muss aber binnen fünf Tagen sein.

Vielleicht gilt innerhalb 5 Tagen überhaupt ein Rücktrittsrecht, welches der Käufer eben mit dem Vorbringen begründet, dass ihm die Sache mangelhaft erscheine.

Abgesehen davon sind Kreditgeschäfte anerkannt.

Der Austausch erfolgt auch gegen Kredit. Ein Rücktrittsrecht besteht nur mit Einwilligung des Käufers.

§ 13.

Die Haftung ist noch nicht auf dem Verschuldungsstandpunkt angenommen, sondern noch Erfolghaftung. So heisst es bei Heldt:

Leiht jemand eine Sache, so haftet er dafür, muss sie in demselben Zustande wieder abliefern; falls dies nicht möglich ist, muss er sie bezahlen.

Und dasselbe gilt vom Pfandgläubiger.

Bei Fälligkeit der Schuld hat der Schuldner das Auslösungsrecht. Der Gläubiger haftet für den Untergang der Pfandsache.

§ 14.

Die Personalhaftung des Schuldners geht nicht mehr bis zur Sklaverei, wohl aber kann der Schuldner zur Abarbeit gezwungen werden, wenn sein Vermögen nicht zur Zahlung ausreicht. So Heldt:

Nur der Schuldner wird als Pfand genommen, nicht Weiber, Kinder und Sklaven, falls er seine Schuld nicht auslösen kann. Der Gläubiger hat das Recht, denselben seine Schuld abarbeiten zu lassen.

Der Gläubiger kann von dem Gut des nichtzahlenden Schuldners nehmen; falls derselbe kein Gut hat, ihn die Schuld abarbeiten lassen, wobei seine Frau und Kinder ihm helfen dürfen. Eine Haftung der Erben tritt ein, wenn die Verwandten des Schuldners seine Schuld nicht bezahlen.

Der Gläubiger hat kein Recht auf den Leichnam des Schuldners, er verliert nicht die ehrliche Bestattung, der ihn Bestattende haftet nicht für seine Schulden.

Eine solche Haftung des Leichnams hat früher bestanden; Heldt fügt bei, dass (nach dem Glauben der Leute) die Seele des nichtzahlenden Schuldners zum Satan gehe!

§ 15.

Diesem Stande der Entwicklung entsprechend ist die Bürgschaft noch eine Haftung, welche den Schuldner befreit; der Bürge aber kann sich seinerseits an den Schuldner halten. So Heldt:

Der Bürge tritt an Stelle des Schuldners, kann aber den Schuldner in Haft nehmen, damit er seine Schuld abarbeitet.

Das Pfandrecht ist allgemeines Banturecht [11]). So sagt auch Heldt:

Es giebt ein Pfandrecht an beweglichen und unbeweglichen Sachen, die Pfandsache wird dem Gläubiger übergeben.

§ 16.

So weit der Verkehr: der Verkehr ist Austauschverkehr, wobei besonders das Vieh eine Rolle spielt, ohne Geld; darum ist auch von Darlehen und Zinsen keine Rede. So sagt Heldt:

Als Tauschmittel wird meistens Vieh gebraucht. Bestimmte Tauschmittel bestehen nicht.

Darlehen mit Zinsfuss oder Vergütung kommen nicht vor.

D. Staatsrecht.

§ 17.

Ein stark entwickeltes Häuptlingsrecht ist auch hier, wie bei den meisten anderen Bantustämmen, zu vermerken. Dass dem Häuptling eigentlich ein jeder mit Leib und Habe verfangen sei, ist ein echter Bantugedanke. Noch Casalis erzählt von den Basutos folgenden Zug: Man wartete mit dem Verzehren der Früchte des Jahres, bis der Häuptling oder sein

---

[11]) Vgl. Negerrecht S. 33.

ältester Sohn den Anfang gemacht hatte (Casalis p. 226); dazu kam, dass die Güter des Häuptlings und seiner ersten Frau frohnsweise bestellt wurden (p. 171). Die Macht des Häuptlings war aber beschränkt durch die Rechte der Häupter einflussreicher Familien, (Casalis p. 235) und durch die Rechte der Volksversammlung (pitscho), der die wichtigsten Fragen (z. B. über Ausbruch eines Krieges) zur Entscheidung vorgelegt wurden (Casalis p. 246 f.)[12].

Entsprechend kann der Häuptling Gesetze geben, malaos, die neben das Gewohnheitsrecht (mekhoas) hinzutreten (Casalis p. 240 f.).

Neuerdings scheint die Macht der Häuptlinge, ebenso wie sonst (Zeitschrift XV S. 73. 82), sich über die Volksversammlung erhoben zu haben: es gilt nur, was der Häuptling will. Die Thronfolge ist, wie schon zu Casalis' Zeit (p. 226) regelmässig die Primogenitur. Heldt berichtet:

Der Häuptling gilt für den Krieg und Frieden. Derselbe hat nur ein Recht auf das Leben der Unterthanen, falls dieselben Todesstrafe verdient haben. Opferungen bestehen nicht. Die Macht des Häuptlings ist ordnungsmässig festgestellt. Die Thronfolge beruht auf Erbgang.

Der Häuptling ist nicht beschränkt durch Volksversammlung, durch bestimmte Familien. Bei einer Versammlung gilt nur der Befehl des Häuptlings. Frauenherrschaft besteht nicht, auch dürfen die Frauen sich nicht in die Angelegenheiten des Häuptlings mischen.

Der Ausschluss der Frauen steht im Gegensatz zu der bei manchen Bantus anerkannten Macht der Königin-Mutter (Zeitschr. XV S. 30. 73).

Wenn aber Heldt fortfährt:

Gesetzgebung besteht nicht.

so dürfte sich das nur auf die Gesetzgebung im modernen Sinne beziehen oder darauf, dass die Macht der Häuptlinge durch die Schutzherrschaft wesentlich beschränkt ist.

---

[12]) Vgl. auch Fritsch S. 208.

§ 18.

Der Staat ist Geschlechterstaat. Regelmässig gehört Niemand zum Staatsverband, der nicht einer der Familien angehört oder wenigstens in den Schutz einer der Familien aufgenommen worden ist, wobei dann die Familie für ihn verantwortlich wird (Casalis p. 235). Doch herrschte schon zu Casalis' Zeit die Ausnahme, dass ein Fremder, mit Zustimmung des Häuptlings und gegen ein diesem zu entrichtendes Geschenk, sich inmitten des Geschlechtervolkes zur Landkultur ansiedeln durfte; allerdings scheint der Ansiedler ein Fremder geblieben zu sein und an der Volksregierung nicht weiter theilgenommen zu haben (Casalis p. 168 f.)

Der Grundsatz des Geschlechterstaates besteht noch heute. Heldt berichtet darüber:

Der Staatsverband beruht auf dem ganzen Stamm. Ein Stammesungenosse kann nicht zum Staat gehören.

E. Strafrecht.

§ 19.

Das Blutracherecht und die Selbsthülfe waren schon zu Casalis' Zeiten unter dem Einfluss des Häuptlingsrechts erloschen, ebenso wie bei den Zulus und Anderen[13]). Nur das Tödtungsrecht gegenüber dem Ehebrecher war noch anerkannt (Casalis p. 241). Im übrigen galt schon damals Todesstrafe für Mord (die aber nicht selten in Vermögenseinziehung verwandelt wurde), für Verrath, Hexerei und für den Diebstahl in mehrfachem Rückfall (Casalis p. 241).

Heldt schildert uns Aehnliches, wie folgt:

Blutrache herrscht nicht.

Talion besteht nicht.

Es besteht ein Strafrecht des Häuptlings. Die Strafen, die der Häuptling ertheilt, sind: bei Mord — Todesstrafe, bei Diebstahl — Peitschenhiebe oder Geld oder Ochsen bezahlen, dasselbe auch bei Ehebruch und

---

[13]) Vgl. auch bezüglich der Baronga Zeitschr. XIV S. 471 f.

Unzucht, bei Brandstiftung wird das Haus des Brandstifters mit sämmtlichem Gut, das sich darin befindet, verbrannt. Bei grosser Verletzung eines Menschen (Arm oder Bein abschlagen), tritt Todesstrafe ein. Verschärfte Todesstrafen bestehen nicht. Verstümmelnde Strafen bestehen nicht. Der Häuptling vollzieht die Todesstrafe durch Erschiessen des Mörders, sowie Peitschenhiebe werden vom Häuptling selbst ausgetheilt. Kleinere Strafen werden auch verbüsst, indem der Schuldner einen Tag an einen Baum gebunden wird. Geldstrafen treten nur ein, wenn der Schuldige Geld besitzt, besitzt er kein Geld, muss er Ochsen bezahlen, besitzt er auch kein Vieh, so wird er mit Peitschenhieben bestraft. Ein Begnadigungsrecht besteht nicht. Kriegsverrath wird mit Tod bestraft.

Und wie bei anderen Bantustämmen, wird auch hier die Auswanderung bestraft (Heldt).

Dass auch Kindsmord und Abtreibung gesühnt werden, beruht auf dem Häuptlingsinteresse und findet sich auch bei den Kafirstämmen [14]). Heldt berichtet:

Kindsmord wird bestraft. Die Zwillinge, Wahnsinnigen und Missgestalteten nehmen keine besondere Stellung ein. Abtreibuug sowie Anwendung von Mitteln, um die Kindererzeugung zu verhüten, wird bestraft.

Das Tödtungsrecht des Ehemanns gegen den Ehebrecher scheint jetzt abgekommen zu sein; die Ehebruchstrafe, die zur Zeit von Casalis (p. 241) eine Geldbusse war, ist dafür zur Vermögenseinziehung gesteigert.

Der Ehemann hat bei Ehebruch der Frau kein Strafrecht über dieselbe, sondern muss das Urtheil des Häuptlings abwarten, ebenso die Frau bei Ehebruch des Mannes. Ehebruch wird meistens damit bestraft, dass dem Ehebrecher oder der Ehebrecherin ihr ganzes Gut abgenommen wird, sogar die Kleider, die sie trägt. Der Ehebrecher oder die Ehebrecherin können sich nicht auskaufen (Heldt).

Ebenso heisst es bei Heldt:

Verschuldet sich der Mann gegen die Frau oder umgekehrt, so wird der Schuldner vom Kapitän des Stammes mit Peitschenhieben bestraft.

Die Zaubereistrafe ist abgekommen, denn Heldt sagt, dass sie nicht mehr bestehe. Auch das berichtet er, dass absichtslose Missethat nicht bestraft wird; ebenso aber

---

[14]) Vgl. Rehme, Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. X S. 54.

auch nicht Versuch oder Beihülfe. Das heutige Recht verlangt also zum strafbaren Vergehen subjektive und objektive Bethätigung.

F. Rechtsgang.

§ 20.

So ist auch der Process ein Häuptlingsprocess geworden, jedoch mit der Besonderheit, dass minder wichtige Sachen von den Unterhäuptlingen (den Häuptern mächtiger Familien) entschieden werden, aber mit der Möglichkeit der Berufung an den Häuptling, und dass ferner der Häuptling statt seiner oder neben sich andere Personen als Richter fungiren lassen kann. Dabei gilt der Satz: Ohne Kläger keine Richter (also Anklageverfahren), es gilt ferner die Ladung des Häuptlings an den Beklagten und an die Zeugen: das Nichterscheinen wird bestraft, beharrliches Nichterscheinen wäre als Majestätsbeleidigung todeswürdig. So schildert uns die Sachen Casalis (p. 238 f., 234, 240.)

Aehnlich verhält es sich auch noch heutzutage, wie aus der Schilderung Heldt's hervorgeht:

Der Gläubiger hat kein Selbsthülferecht, er muss das Urtheil des Häuptlings abwarten.

Der Kapitän oder Häuptling entscheidet über Civil- und Strafsachen, derselbe vollstreckt auch die Urtheile.

Der Beklagte wird von einem vom Kapitän bestimmten Menschen geladen, das Nichterscheinen wird bestraft.

Der Zeuge wird ebenso wie der Schuldner geladen, das Nichterscheinen wird bestraft.

Die Obrigkeit kann nicht ohne Klage des Verletzten einschreiten.

§ 21.

Der Process hat alles Mysteriöse abgelegt. Geheimbünde zum Zwecke der Rechtsverwirklichung bestehen nicht (Heldt). So ist auch das Beweissystem völlig rationell: gebräuchlich ist insbesondere Zeugenbeweis (Casalis p. 242).

Dabei wird öffentlich und mündlich verhandelt, und die Parteien plaidiren selbst. So auch Heldt:

Wenn mehrere Zeugen sich widersprechen, so bekommen die Recht, auf deren Seite die meisten vorhanden sind. Sind auf beiden Seiten gleichviel Zeugen, so bekommen die Recht, welche zuerst geklagt haben.

Alle Strafsachen werden in gleicher Weise verhandelt, Foltern werden nicht angewandt. Gottesurtheile, Prozeduren eines Zauberers, Bahrprobe und Loosordal bestehen nicht. Der Verdächtige kann sich nicht durch Eid oder feierliche Bestätigung reinigen. Falls dem Verdächtigen seine Schuld nicht ganz bestimmt nachgewiesen werden kann, wird er nicht bestraft.

VI. Das Recht der Hottentotten.

§ 1.

Die Namaqua (Koi-koin, d. h. Mensch der Menschen) sind von den Bantus wesentlich verschieden, verschieden im anatomischen Bau, in der Hautfarbe (gelblichbraun), verschieden in der Geistesverfassung, verschieden in der Sprache: sie sind mit den Buschmännern so ziemlich die einzigen Menschen, welche mit Schnalzlauten sprechen und daher weniger sprechen, als zwitschern und lallen [1]. Allerdings sind sie auch diejenigen Stämme, welche am meisten verschwinden und in ihrer Eigenart zu Grunde gehen, weil ihnen mehr als den Bantus nachhaltige Energie und Consequenz der Lebensführung fehlt.

Die Hottentottenstämme nun, von denen wir die genauen Nachrichten haben, sind nicht die heidnischen Urhottentotten, sondern die sogen. colonialen Hottentotten, welche nicht nur das Christenthum aufgenommen haben, sondern auch sonst durch die Weissen beeinflusst worden sind. Diese colonialen Hottentotten stammen aus der Kapcolonie und sind vor etwa 60 Jahren eingewandert; in ihren ursprünglichen Sitzen aber wurden sie durch die Boers mächtig beeinflusst, so dass sie vielfach neben ihrer heimischen Sprache das Holländische angenommen und ihre Sitten mit den Boersitten vermischt haben.

Immerhin lässt sich bei ihnen noch genug Ursprüngliches erkennen, so dass wir auch hier ein Bild einheimischen Rechts-

[1]) Vgl. Fritsch, Eingeborene Südafrikas S. 261 ff., 343 ff. Hier ist auch die Darstellung Tindalls verwerthet.

lebens gewinnen; und dieses ist um so interessanter, je mehr sich einzelne Züge trotz der auswärtigen Beeinflussung erhalten haben.

Wir haben über sie einen ausgezeichneten Bericht vom kaiserlichen Bezirkshauptmann v. Burgsdorff von Gibeon, der nach meinem Fragebogen abgefasst ist. Ein zweiter, nach einem anderen Fragebogen abgefasster Bericht ist von Missionar Olpp: Die rechtlichen und wirthschaftlichen Verhältnisse des | Kowesistammes im Gross-Namaland, Deutsch Süd-West-Afrika, erschienen in den Mittheilungen der Gesellschaft für vergleichende Rechts- und Staatswissenschaft zu Berlin I (1896) S. 162 f.

Beide Berichte können sich um so mehr ergänzen, als offenbar auch v. Burgsdorff's Darstellung vor Allem die bei Gibeon lebenden | Kowese ins Auge fasst. Die klein gedruckten Berichtsauszüge im Text beziehen sich sämmtlich auf die Burgsdorff'sche Darstellung, was darum nicht immer besonders erwähnt ist.

Ich bemerke noch, dass das Zeichen ⌣ die bei den Hottentotten übliche Nasale wiedergibt und dass die Zeichen | und ǀ und !, die im folgenden bei hottentottischen Namen erscheinen, drei der hottentottischen Schnalzlaute darstellen [2]).

A. Rechtsgrundlagen.

§ 2.

Der Totemismus ist unter diesen Verhältnissen natürlich verschwunden, von Gruppenehe findet sich nichts mehr. An Stelle der Totems treten die Stämme. So besteht nach v. Burgsdorff die | Kowese aus 7 Stämmen [3]) mit hotten-

[2]) Es giebt deren vier. Die Schnalzlaute sind, wie bemerkt, eine Eigenheit der Hottentotten- und der Buschmannsprache; in letzterer soll es noch mehr Arten geben. Vgl. Theoph. Hahn in den Jahresberichten des Vereins für Erdkunde in Dresden, Band II S. 1 ff.

[3]) Olpp S. 171 spricht von acht Stämmen.

tottischem Namen, welche 7 Stämme zusammen 27 Familien umfassen. Hierzu erzählt v. Burgsdorff noch folgendes, was auf die ursprünglichen totemistischen Beziehungen zurückweist:

Die Mitglieder eines Stammes bringen ihre Zusammengehörigkeit äusserlich schon dadurch zum Ausdruck, dass sie ihre Hütten dicht bei einander bauen.

Im Kriege bilden die Stämme Verbände für sich. Ein für alle Mal ist jedem Stamm eine bestimmte Seite des Lagers zugewiesen, dessen Sicherung derselbe zu übernehmen hat. Die jungen Mitglieder schlafen hierbei als Posten ausserhalb, während die Alten mit den Frauen und Kindern, wenn dieselben sich auch im Kriegszuge befinden in der Mitte zusammenstossen. Allerdings ist eine solche Organisation in etwas strammerer Weise nur bei den Witboois gewesen.

Ein Stammesglied ist verpflichtet, dem anderen Stammesglied zu helfen, sobald es ihm schlecht geht.

Vielleicht hat auch das Speiseverbot bezüglich des Hasen [4]) totemistische Bedeutung.

Die sieben | Kowesestämme mit ihren Familien sind:

1. | Khowas (mit den Familien: Witboois, Dragoners, Hanses, Kaisers),
2. ! Amis (mit den Familien: Izaaks, Gertzes, Zals, Banks Vishers),
3. | Khoris (mit den Familien: Pitter, Frederiks, Jochems Links),
4. Dansas (mit den Familien: Jods, Classes, Stewes, Sewis, Jahrs),
5. ! Noreses (mit der Familie: Jantzes),
6. | Hharas (mit den Familien: Piqueurs, Marius),
7. ! Hawe Nus (mit den Familien: Romans, Jakobs, Links).

Sonst finden sich totemistische Züge nur noch in der Sage, so in der Sage von der Frau, die sich in einen Löwen verwandelt und dadurch den Mann weidlich erschreckt, ihm sodann in dieser Eigenschaft Nahrung herbeischafft und sich schliesslich wieder zurückverwandelt [5]).

§ 3.

Der Geisterglaube [6]) äussert sich insbesondere auch im Glauben an ein Fortleben der Ahnen, was zum Trauerjahr für Mann und Frau führt.

---

[4]) Olpp S. 187.

[5]) Theophil Hahn im Globus XII S. 276, Bleek.

[6]) Ueber ihn vgl. auch Theophil Hahn im Globus XII S. 277; Fritsch S. 337 f., 352 f.

So v. Burgsdorff:

Die Seele lebt nach dem Tode weiter; es herrscht der Glaube, dass Abgeschiedene noch auf Erden wandeln können. Eine eigentliche Trauer ist nicht vorgeschrieben, doch darf der Ueberlebende, sowohl die Frau, als auch der Mann, vor Ablauf mindestens eines Jahres keine andere Ehe eingehen. Es wird am Begräbnisstage den Leidtragenden ein Todtenmahl — jedoch keine Opferung — gegeben.

Sonst ist das Mysteriöse im Recht, soweit es je bestand, ziemlich geschwunden (abgesehen vom Reinigungseid im Process). Die Verträge werden nicht durch Betheuerungen oder Symbole verstärkt.

Verträge durch besondere Befestigungen oder sonstige Feierlichkeiten werden nicht geschlossen.

Auch Beeidigung der Zeugen giebt es nicht; Asyle sind nicht vorhanden; die Hochzeitsfeierlichkeiten bestehen in Schmausereien; an Schutzgeister glaubt man nicht; bei der Geburt giebt es keine Ceremonien; die Nabelschnur hat keine Bedeutung; es giebt keinen religiösen Schutz des Eigenthums: der Leichnam des Schuldners haftet den Gläubigern nicht (Alles dies bei v. Burgsdorff).

B. Personenrecht.

I. Sklaven.

§ 4.

Einst gab es Sklaven, die der beliebigen Einwirkung des Herrn preisgegeben waren, und die Behandlung von Seite des Herrn und der Herrin war oft eine sehr grausame [7]).

Heutzutage ist die Sklaverei verschwunden, es giebt nur noch freie Dienstverhältnisse [8]); v. Burgsdorff sagt darüber:

Es besteht weder Sklaverei, noch Halbsklaverei. Der Reichere kann sich jedoch Diener halten. Diese sind dann verpflichtet, bei ihrem Herrn zu bleiben, bekommen in der Lammzeit die im Voraus vereinbarte Bezahlung, welche aus jungen Lämmern besteht.

---

[7]) Theophil Hahn im Globus XII S. 304 f.; Fritsch S. 364.

[8]) Vgl. auch Olpp S. 173.

Die Länge der Dienstzeit wird nicht bestimmt, gewöhnlich verbleiben diese Diener für ihr ganzes Leben bei ihrem Herren, doch kann er, wenn er durchaus wegziehen will, — sei es, einen anderen Dienst anzunehmen, oder sich selbständig zu machen — von seinem Herrn nicht zurückgehalten oder vom Kapitän oder sonst Jemand zum Bleiben gezwungen werden.

Ein Ueberrest der Sklaverei ist es[9]), dass der Herr für die Schulden des Dieners haftet und dass er ihm gegenüber ein Züchtigungsrecht hat.

Der Herr haftet für etwaige Schulden seines Dieners und muss sie bezahlen, falls demselben kein Vermögen zur Begleichung derselben zu Gebote steht. Ihm steht dann das Recht der Züchtigung zu, er darf dem Diener aber von dem mit ihm ausbedungenen Lohn nichts abziehen.

Doch darf die Züchtigung nicht ein ordentliches Maass übersteigen (S. 355).

Ein Ueberrest ist sodann die thatsächliche Erscheinung, dass die Kinder der Diener im nämlichen Hause fortzudienen pflegen.

Die Kinder dieser Diener sind Freie, verbleiben jedoch meistens immer wieder als Diener in derselben Familie, so dass sich im Grunde eine recht milde Art von Haussklaverei herausstellt, bei der sich beide Theile gut stehen und recht wohl befinden.

Olpp spricht (S. 172) von einem besonderen Adel, ohne aber rechtliche Privilegien anzuführen; auch gebe es Uebergangsstufen. Offenbar handelt es sich nur um thatsächliche Nobilitätsverhältnisse.

II. Recht der Ehe.

§ 5.

Was die Exgamie betrifft, so wird uns Folgendes erzählt:

Die Ehe eines Mannes mit der Tochter von Muttersbruder ist gestattet, verboten ist jedoch die Ehe eines Mädchens mit dem Sohne von Muttersbruder.

Ich glaube, dass hier wohl ein Versehen vorliegt und gelesen werden muss, dass die Ehe eines Mädchens mit dem

---

[9]) Olpp S. 173.

Sohn von Mutterschwester verboten ist; denn das ist klar, dass im ersten Fall beide Kinder verschiedener, im zweiten Fall derselben Familie angehören, sobald man gruppenrechtlich davon ausgeht, dass ein A eine b, ein B eine a heirathet; mithin

$$\frac{A \quad b}{|\,a_1} \qquad \frac{B \quad a}{|\,B_1}$$

Hier kann die a_1 den B_1 heirathen.

Nehmen wir dagegen

$$\frac{A \quad b}{|\,a_1} \qquad \frac{b \quad A}{|\,A_1}$$

Hier darf die a_1 nicht den A_1 heirathen[10]).

§ 6.

Die Ehe war bis zur Einführung des Christenthums polygyn[11]), und bei den heidnischen Hottentotten besteht die Polygynie fort; v. Burgsdorff sagt darüber Folgendes:

Bei den Heiden ist Vielweiberei vorhanden, doch wird meist die Zahl von zwei Frauen nicht überschritten; hierbei bleibt stets die erste Frau die Hauptfrau, die in dem Hauptpontock lebt, vor welchem der zu Besuch kommende Fremde absattelt, und in dem der Hausherr auch seine Besuche empfängt. Die zweite Frau hat ihren besonderen Pontock und auch ihr Vermögen besonders für sich, so dass also auch die Frauen mit ihren jeweiligen Kindern für sich leben. Die erste Frau mit ihren Kindern hat das unbedingte Vorrecht; diese Kinder werden besser gekleidet und in Allem den Kindern der zweiten Frau vorgezogen. Vom Erbe des Vaters erhalten die Kinder erster Ehe bedeutend mehr als die anderen. Zeichnet sich ein Kind der zweiten Frau aus, sei es durch Tapferkeit, sei es durch Umsicht und Klugheit, so kommt es vor, dass es den Rang der Kinder der ersten Frau erhält.

---

[10]) Olpp giebt hier keine Lösung; er sagt (S. 175), dass in naher Blutsverwandtschaft die Ehe ausgeschlossen sei.

[11]) Theophil Hahn im Globus XII S. 332; Fritsch S. 363.

§ 7.

Nunmehr ist die Ehe monogame Einzelehe geworden, und zwar eine Ehe nach Vaterrecht. Dabei finden wir noch Ueberreste der Frauenraub- und Frauenkaufform.

Eine Spur der Raubehe zeigt sich in Folgendem, was v. Burgsdorff berichtet:

Mittags wird der junge Mann von zwei Männern vom Hause seiner Eltern abgeholt; diese pfeifen auf Rindflöten und tanzen alle drei nun bis zum Hause der jungen Frau, welches meistens neu gebaut ist, und in welchem sich dieselbe mit einigen jungen Mädchen befindet. Hier angekommen tanzen die Männer einigemal um den Ponteck, alsdann stellen sich dieselben so vor den Eingang, dass der Bräutigam sich nur mit Mühe durchzwängen kann, um in das Innere zu gelangen. Sobald er durchgeschlüpft ist und die jungen Mädchen nach einem kurzen Aufenthalt das Haus verlassen haben, wird die Thüre zugemacht. Nun singen, pfeifen und tanzen die Geladenen die ganze Nacht hindurch, welches nur durch das gemeinsame Mahl unterbrochen wird.

Daher auch noch die Tobiasnächte:

Vor Aufgang des Morgensterns geht der junge Mann wieder zu seiner alten Werft, woselbst er sich den ganzen Tag aufhalten muss, ohne auch nur seine Frau zu sehen; erst am dritten oder vierten Tage ist es ihm gestattet, für immer bei seiner Frau zu bleiben.

Der Frauenkauf spielt noch darin nach, dass der jung verheirathete Mann mit seiner Frau in dem ersten Jahre zu seinen Schwiegereltern zieht und hier eine ziemlich dienende Stellung einnimmt.

Die Ehe ist sofort gültig, doch ist der junge Mann gehalten, mindestens ein Jahr auf der Werft seiner Schwiegereltern zu wohnen. Nach dieser Zeit, resp. sobald das erste Kind geboren ist, kann er sich die Erlaubniss erkaufen, mit seiner Frau nach seinem Belieben seine oder eine andere Werft zu beziehen. Er muss hierfür eine gutmilchende Kuh geben, welche der Mutter der jungen Frau — für die Erziehung u. s. w. derselben — dann gehört.

Das erste Jahr muss der Mann zur Werft seiner Frau ziehen, doch ist es nachdem gestattet — nach Erlegung des Loskaufgutes und nach der bereits erwähnten Geburt eines Kindes —, dass die Frau dem Manne auch nach einem anderen Wohnorte folgen darf.

Solange der Mann auf der Werft seiner Schwiegereltern wohnt, gehört Alles, auch das von ihm in die Ehe Gebrachte, seiner Frau und

steht ihm über das Vermögen nicht das geringste Verfügungsrecht zu. Er wird sozusagen dort als unmündig behandelt; für sämmtliche Bedürfnisse (Kleider u. s. w.) muss stets die Frau sorgen. Erst nachdem der Mann sich nach circa einem Jahre losgekauft hat, tritt Gütergemeinschaft ein.

§ 8.

Die Raub- und Kaufehe hat aber nicht zur völligen Unterdrückung der Frau geführt; vielmehr hat sie im Verhältniss zum Ehemann eine ziemlich selbständige Stellung.

Sie behält das beigebrachte Vermögen[12]); sodann ist das vom Manne Geschenkte ihr Sondergut, und ausserdem hat sie auf gewisse Gegenstände (als Gerade) beim Tode des Mannes Anspruch.

Nach dem Tode des Mannes gehören der Frau diejenigen Gegenstände, welche sie in die Ehe gebracht hat und die ihr der Mann bei Lebzeiten während der Ehe geschenkt hat, alle übrigen dem Manne gehörigen Sachen gehören den Kindern. Hinterlässt der Hausherr einen Wagen und Zugochsen, so bekommt dieses die Wittwe, ebenso sein sämmtliches Hausgeräth.

Vom übrigen Vieh fällt ihr sonst nichts zu. Der Hausherr sorgt bei Lebzeiten, dass sie einen kleinen Viehbestand für sich besitzt.

Bei den Haushaltungsgegenständen muss man allerdings berücksichtigen, dass die Frau solche Sachen meist in die Ehe mitbringt. Denn:

Die Frau ist verpflichtet, vor der Hochzeit ein Haus mit sämmtlichem Zubehör zu beschaffen, doch kann der Mann hierzu freiwillig beisteuern, was er will. Es besteht meistens aus Fellen zur Schlafstätte, Kochgeräthschaften u. s. w.

Auch steht dem Mann ebensowenig, wie der Frau, ein freies Ehescheidungsrecht zu. Die Ehe kann nur vom Rathe des Häuptlings geschieden werden.

Verlässt der Mann die Frau, so wird er vor den Kapitän und den Rath gebracht und hier ihm aufgegeben wieder zu ihr zurückzukehren. Weigert er sich oder thut er dieses überhaupt nicht, so wird er gestraft, sein Eigenthum ihm weggenommen und Alles seiner Frau gegeben.

---

[12]) Vgl. auch Olpp S. 175.

Verlässt die Frau den Mann, so wird sie gezwungen, zu ihm zurückzukehren.

Ehebruch, Unfruchtbarkeit oder Dummheit (Blödsinn u. s. w.) ist kein Grund die Ehe rechtlich zu lösen, einzig und allein Misshandlung. Hierüber entscheidet der Kapitän mit seinem Rath, Ersterem steht das Recht der Entscheidung zu.

Das wird wohl so aufzufassen sein, dass der verletzte Theil nur wegen Misshandlung ein Recht hat, Scheidung zu verlangen, dass aber der Rath des Häuptlings aus anderen Gründen nach seinem Ermessen die Scheidung bewirken kann[13]; dies namentlich dann, wenn beide Ehegatten einverstanden sind. So sagt v. Burgsdorff selbst an einer anderen Stelle:

Will die Ehefrau überhaupt nicht mehr mit ihrem ersten Mann zusammenleben, so kann der Ehebrecher sich und seine Mitschuldige von dem Ehemanne loskaufen.

Daher giebt es auch keine Vererbung der Wittwe und kein Levirat in diesem Sinn. Doch ist eine Spur davon noch zu vermerken.

Ein eigentliches Anrecht auf die Wittwe steht Keinem zu, doch ist es Sitte, dass nach dem Tode des Mannes der verheirathete Bruder desselben die Wittwe in sein Haus nimmt, falls sie nicht bereits grössere Söhne hat, und so wohlhabend ist, dass sie ihren Haushalt ohne Noth weiterführen kann. Es ist ihr freigestellt, sich wieder zu verheirathen.

III. Rechte der Familie.

§ 9.

Mit der Kaufehe ist natürlich auch das Vaterrecht gekommen, und nur die merkwürdige Eigenheit ist geblieben, dass die Töchter zwar nach der väterlichen Grossmutter, die Söhne aber nach dem mütterlichen Grossvater benannt werden. So sagt v. Burgsdorff:

Die Söhne folgen der Familie der Mutter, die Töchter der Familie des Vaters. Dieses zeigt sich in den Nama-Namen, welche die Kinder führen. Wenn auch heutigen Tags die meisten Hottentotten bereits holländische Namen führen, somit Vornamen und Familiennamen haben,

---

[13]) Aehnlich auch Olpp S. 176.

und den Familiennamen stets vom Vater haben, so haben doch alle ihren besonderen Nama-Namen, den sie für gewöhnlich stets gebrauchen, wenn sie sich in ihrer Sprache unterhalten.

Ein Beispiel mag diese Namen erklären:

Wir haben als Eltern Samuel Izaak nebst seiner Frau Anna Izaak, geb. Witbooi; dieses Elternpaar hat zwei Kinder, welche nach dem holländischen Sprachgebrauch David und Margarethe heissen.

In Nama heisst nun Anna Izaaks geb. Witbooi Vater : ! A — || Ěib. und Samuel Izaaks Mutter:

! Ares—ōas.

Der älteste Sohn unseres Ehepaars — David — heisst nun nach seiner Mutter—Vater:

! A — || Ěib Geib (Geib resp. Geis ist Gross oder Aeltester), während die älteste Tochter — Margarethe — nach ihres Vater—Mutter:

! Ares ōas Geis

heisst.

Diese Benennungsweise[14]) ist höchst interessant, sie führt auf eine Gruppenehe nach Mutterrecht zurück, die bei weiterer Entwickelung in das Vaterrecht überging.

Heirathet nämlich A eine B und ein B eine A, so sind ihre Kinder nach Mutterrecht ein b und eine a. Heirathen diese sich wieder, also ein b eine a, so sind ihre Kinder nach Vaterrecht b. Dem Stamme B gehört aber der mütterliche Grossvater und die väterliche Grossmutter an. Daher die Benennung.

Dies zeigt auch zugleich, dass die Namengebung atavistisch ist. Die Söhne und Töchter bekommen den Grossvater- oder Grossmutternamen mit Hinzufügung eines Zusatzes. Hiervon berichtet v. Burgsdorff:

Die Kinder, je nach der Reihenfolge wie sie geboren werden, oder nach äussern Merkmalen, nach der Haarfarbe u. s. w., haben ihre besonderen, dem Stammesnamen angehängten Bezeichnungen.

Die Kinder gehören der Familie des Vaters an. Daher darf die Wittwe im Fall der Scheidung die Kinder nicht mitnehmen.

Grundsätzlich bleiben sämmtliche Kinder beim Manne, um dieselben dem Stamme, der Nation, zu erhalten und zu verhindern, dass die eventuell

---

[14]) Vgl. auch Olpp S. 176.

aus einem fremden Stamme gebürtige Frau dieselben dorthin mitnimmt. Ausnahmen sind jedoch gestattet.

Das Vaterrecht zeigt sich auch in der Erbfolge; dabei besteht ein Vorrecht des Aeltesten [15]).

Das Vermögen erbt vom Vater auf die Kinder. Der älteste Sohn erhält vom Nachlass des Vaters einen grösseren Antheil wie die übrigen Kinder. Auf je drei Ochsen, welche auf diese letzteren kommen, bekommt der Aelteste vier Ochsen u. s. w.

Sind keine Kinder aus der Ehe hervorgegangen, so sind die Brüder des Mannes seine Erben [16]).

§ 10.

Doch gilt das Vaterrecht nicht durchaus; denn die Kinder beerben die Mutter (v. Burgsdorff). Ob dies angestammtes Namarecht oder von den Boern entlehnt ist, stehe dahin. Möglicherweise ist es eine aus dem Mutterrecht gebliebene Reminiscenz.

Auch intensiv ist das Vaterrecht geschwächt: ein Tödtungsrecht hat der Hausvater nicht, nur ein Recht der Züchtigung (vgl. unten S. 355) [17]).

Kinder dürfen weder vor noch nach der Geburt getödtet werden.

Und auch über die Hand der Tochter darf er nicht ohne ihre Einwilligung verfügen.

Das Verfügungsrecht über das junge Mädchen steht den Eltern zu, ebenso das Verweigern der Einwilligung zu einer Ehe; doch darf das Mädchen zu einer Ehe nie gezwungen werden.

Sehr selten bestimmen die Eltern der Kinder schon in deren Kindheit über ihre spätere Heirath, doch sind die Kinder nicht gezwungen, diese einzugehen, wenn Abneigung vorhanden ist.

---

[15]) Vgl. Olpp S. 183. Vgl. auch Fritsch S. 335.

[16]) Olpp S. 183 behauptet, dass neben den Geschwistern auch die Grosseltern als Erben auftreten.

[17]) Ein solches Tödtungsrecht scheint bei den heidnischen Hottentotten gegenüber den Neugeborenen gestattet und namentlich gegenüber Zwillingen und Missgestalteten häufig gewesen zu sein. Vgl. Fritsch S. 334.

§ 11.

Das uneheliche Kind gehört der Mutter; doch scheint es üblich zu sein, dass der Erzeuger für es sorgt. So sagt v. Burgsdorff:

Den Mädchen steht vor der Ehe der geschlechtliche Umgang nicht frei, doch sind die Sitten im Grunde ziemlich lockerer Natur. Den unehelichen Kindern stehen dieselben Rechte zu, wie den ehelichen. Der Vater dieser unehelichen Kinder ist zur Zahlung einer Entschädigung nicht verpflichtet, er thut dieses jedoch meistens freiwillig und sorgt auch für den Lebensunterhalt und das Weiterkommen der Mutter und des Kindes.

Der Grund ist offenbar der, weil der Herr Erzeuger sonst wegen der Unzucht eine Tracht Prügel befürchtet.

IV. Künstliche Verwandtschaft.

§ 12.

Ankindung besteht[18]; sie ist eine adoptio plena, kann aber im Fall des Missbrauchs wieder aufgelöst werden.

Das Adoptiren von Kindern ist zulässig. Dieses Kind wird ebenso als ein eigenes gehalten, hat Erbrecht und steht den eigenen Kindern völlig gleich. Die eigentlichen Eltern haben kein Anrecht mehr auf dieses Kind, doch steht ihnen jederzeit das Recht zu, dasselbe zurückzunehmen, sobald es misshandelt wird.

V. Rechtsschicksale der Person.

§ 13.

Mit anderen Dingen ist auch die Jünglingsweihe geschwunden, auch die Beschneidung[19]. Ein Rest der Jugendweihe findet sich bezüglich der Mädchen.

Jünglingsweihe besteht nicht; dagegen findet bei den Mädchen ein besonderer Akt statt, welcher den Eintritt der ersten Menstruation hervorhebt: auf den Aussenwerften wird ein solches Mädchen unbekleidet ins

---

[18]) Vgl. Olpp S. 177.

[19]) Olpp S. 176.

Feld gejagt, muss sich hier einige Tage ganz unbekleidet jedem Wetter aussetzen und dann sich von der Mutter wieder einfangen lassen.

Als ein anderer Rest kann noch gelten, dass die Jünglinge mit der Pubertät ihren Namen ändern[20]) (was früher bei der Jünglingsweihe geschah).

C. Vermögensrecht.

I. Communismus.

§ 14.

Von den technisch durchgeführten Gastfreundschaftspflichten der Hottentotten wird viel erzählt[21]). Sie sind jetzt noch nicht erloschen. Die Darstellung v. Burgsdorff's ist hier so bezeichnend, dass ich sie ungekürzt folgen lasse.

Wenn sich auch äusserlich im ganzen Leben der Namas scheinbar ein starrer Communismus bemerkbar macht, so ist derselbe in Wirklichkeit doch nicht vorhanden; jeder Einzelne hat sein Besitzthum, sucht dasselbe zu vermehren und zu verbessern, und für sich — möglichst unbeobachtet von Anderen — auszunutzen. Dabei kann man eigentlich sagen, dass sich der reiche Mann seines Reichthums eigentlich nicht zu erfreuen vermag. Wenn ihm auch nach dem Landesgesetz z. B. vollständig erlaubt sein würde, sein gesammtes Hab und Gut zu verkaufen und mit dem Erlös davon zu gehen, so würde er doch unter seinen Stammesangehörigen einen so schlechten Namen, wie Geizhals — bei den Namas ein sehr schlimmes Wort! — u. s. w. bekommen, dass er meistens vorzieht, sein Besitzthum als den Besitz des ganzen Stammes ansehen zu lassen; er gestattet z. B. ruhig, dass Leute, welche hungrig sind, im Felde von ihm ein Stück Vieh schlachten; er verbietet sich nur ein Fortnehmen des Stücks Vieh zum alsbaldigen Verkauf. Hat Jemand z. B. etwas zu essen, sei es ein Stück Brod oder ein Stück Fleisch, so ist er nach alter Sitte mit Jedermann, der ihn darum angeht, zu theilen verpflichtet. Man kann oft beobachten, dass der hungrigste Mensch von dem Stück Brod, das man ihm eben gegeben hat, nur eine Krume zurückbehält, so oft hat er das Stück Brod, das ihn andere Menschen essen

---

[20]) Olpp S. 176.

[21]) Vgl. namentlich Theophil Hahn im Globus XII S. 305. Schon der alte Dapper spricht davon (Dapper, Naukeurige Beschryving van geheel Africa, 1668, p. 63).

sahen, theilen müssen; mit Gier verschlingt er dann den letzten Rest, oder versteckt ihn dann unter einen ärmlichen Kleidungszipfel, um etwas für sich zu behalten. Das Nichtfortgeben von etwas Essbarem, um das er von einem Anderen gebeten wird, würde ihm die grösste Verachtung und Missachtung eintragen.

Weiter heisst es:

Gastfreundschaft und Unterstützung wird Wanderern und Boten weitgehendst geleistet. Wenn diese im Felde aus einer fremden Heerde schlachten, wird ihnen dies nicht im Geringsten übel genommen.

Dies gilt namentlich auch von dem, den Verkehr zwischen den Stämmen vermittelnden Boten.

Auch steht ihm das Recht zu, im Felde oder aus irgend einer Heerde zu schlachten, ohne dass er hierüber auch nur von irgend Jemand zur Rede gestellt oder wohl gar gestraft werden würde. Nur, wenn ihm nachgewiesen werden kann, dass er verschwenderisch oder nur aus Wollust geschlachtet hat, kann er bestraft werden; doch wird dieses stets dem Kapitän seines Stammes überlassen.

II. Eigenthumsrecht.

§ 15.

Grund und Boden ist, wie in Afrika überhaupt, Gemeinland, und wird den Einzelnen zugewiesen; die Zuweisung geschieht durch Häuptling und Rath[22]). Veräusserung durch den Bodenbesitzer giebt es nicht.

Der Grund und Boden gehört dem ganzen Stamme, welcher vom Kapitän verwaltet wird; dieser zeigt den einzelnen Familienstämmen ihre Wohnungen, d. h. die einzelnen Wasserplätze, an; die ersteren haben jedoch kein Recht, diesen Boden zu verkaufen.

Ländereien darf nur allein der Kapitän unter Zustimmung des Raths veräussern.

Sonstige Sachen sind Privateigenthum, und dieses ist in dritte Hand verfolgbar.

Gestohlene oder verlorene Gegenstände müssen ohne Entschädigung an ihren Besitzer ausgehändigt werden, welcher auch nach dem Verlieren Eigenthümer dieses Gegenstandes bleibt.

---

[22]) Vgl. auch Olpp S. 179.

Und so wirkt auch die Occupation und Aneignung nicht mehr communistisch, sondern individuell.

Erlegte Thiere u. s. w. gehören dem Erleger, und steht dem Kapitän oder seinen Verwandten kein Recht zu, von ihm eine Abgabe zu verlangen.

III. Verkehrsrecht.

§ 16.

In Verkehrsgeschäften gilt noch das Rücktrittsrecht vor vollständiger Erfüllung; Kreditgeschäfte sind statthaft[23]).

Der Austausch erfolgt meistens Zug um Zug, es kann jedoch Kredit gewährt werden. Solange der Gegenstand nicht vollständig bezahlt ist, kann sowohl der Käufer, wie der Verkäufer von dem Kaufe zurücktreten. Hat der Käufer den gekauften Gegenstand, z. B. ein Pferd, viel benutzt, so muss er dafür etwas bezahlen, sonst muss der Verkäufer die etwa schon in Kauf gegebenen Sachen wieder herausgeben. Der Käufer übernimmt sofort alle Gefahr und den Schaden, welcher etwa durch ein Verenden des Thieres u. s. w. entstehen könnte.

Auch die Viehverstellung kommt vor, indem ein Vieheigner einem Anderen Vieh zur Wartung übergiebt in der Art, dass diesem Milch und ein Theil der Viehproducte (insbesondere etwas vom Nachwuchs) zukommt[24]).

Der nichtzahlende Schuldner wird geprügelt. Es heisst:

Nicht zahlen wollende oder säumige Schuldner werden von ihrem Gläubiger vor den Kapitän und Rath gebracht. Kann er seine Schuld nicht bezahlen, so erhält er Leibesstrafe.

Dagegen ist Schuldsklaverei und Pfandlingschaft unbekannt[25]).

Der communistischen Anschauung entspricht noch die Verwandtenverpflichtung für die Schulden: kann der Schuldner nicht zahlen, so müssen seine Anverwandten eintreten.

Dann sind seine Anverwandten verpflichtet, die Schuld zu bezahlen.

---

[23]) Olpp S. 181.

[24]) Olpp S. 182.

[25]) Vgl. Olpp S. 173.

Und so auch, was die Auslösungspflicht gegenüber dem Bürgen angeht:

Kann Letzterer seine Schuld nicht bezahlen, so müssen dies seine Anverwandten oder seine Erben thun, nachdem er vom Rath Leibesstrafen erhalten hat.

§ 17.

Die Bürgschaft ist noch die ursprüngliche: der Bürge tritt an Stelle des haftenden Schuldners und befreit ihn; ihm haftet aber der Schuldner für Auslösung.

Bürgt Jemand für Bezahlung einer Schuld, so tritt er dem Gläubiger gegenüber an Stelle des Schuldners und haftet er sowohl, wie nach seinem Ableben seine Erben für Einlösung der Bürgschaft. — Der Bürge hat immerhin das Recht, gegen seinen Schuldner auf dem Klagewege vorzugehen.

Das Pfandrecht ist Nutz- und Verfallpfand[26]. Nutzpfand ist Antichrese (d. h. ohne Verrechnung).

Es ist Jedermann freigestellt, sein Hab und Gut zu verpfänden, oder dieses in Pfand zu nehmen. Diener, Frauen und Kinder werden nicht als Pfand gegeben oder angenommen. Während der Pfanddauer hat der Gläubiger das Recht auf Niessbrauch und Zinsen der Sache; hierfür wird vom Schuldkapital nichts abgezogen.

Wird während oder mit dem Verfalltage der Pfandzeit das Pfandobject nicht eingelöst, so verfällt es dem Gläubiger, im anderen Falle geht es wieder in den Besitz des Eigenthümers über. Dem Schuldner steht nur während der Pfandzeit das Wiedereinlösungsrecht zu; Zinsen werden nie gezahlt oder verlangt.

Bei Schenkungen gilt noch das System des üblichen Gegengeschenkes (lannegild). So heisst es:

Auf Schenkung beruht rechtlich keine Gegenschenkung, doch ist es üblich, dass der Empfänger sich in irgend einer Weise erkenntlich zeigt.

D. Strafrecht.

§ 18.

Dass die Blutrache früher bestand und der nächste Verwandte des Erschlagenen der Rächer war, ist sicher[27].

---

[26]) Ueber den Verfall vgl. Olpp S. 183.

[27]) Theoph. Hahn im Globus XII S. 306; Fritsch S. 363.

Bei absichtsloser Tödtung wurde Wergeld angenommen und die That begütigt[28]), was von v. Burgsdorff sicher mit Unrecht in Abrede gestellt wird.

Die Blutrache hat existirt auch bei absichtsloser Tödtung und erstreckte sich nur auf die einzelnen Personen. — Wergeld war nicht zulässig[29]).

Auch die Talion war früher üblich; sie war üblich vielleicht bevor es eine staatliche Strafe gab, sie war üblich nach Entstehen des staatlichen Strafrechts; v. Burgsdorff sagt:

Die Todesstrafe traf früher den Schuldigen in derselben Weise, wie er sie beim Morde angewendet hatte. Bei körperlichen Verstümmelungen galt früher der Grundsatz: „Aug' um Auge, Zahn um Zahn."

Der Scharfrichter, der heutigen Tags als besondere Person nicht mehr existirt, genoss früher eines grossen Ansehens und führte den Namen „Laman".

Heutzutage ist das Strafrecht ein lediglich staatliches; es wird ausgeübt, wie bei den Bantustämmen. So v. Burgsdorff:

Ein staatliches Strafrecht besteht; dasselbe wird ausgeübt von den Richtern resp. Amptenaaren, denen bei ihren Sitzungen der Kapitän präsidirt. Je nach der Persönlichkeit übt der Kapitän bei diesen Sitzungen einen mehr oder minder grossen Einfluss aus. Eine eigentliche Strafbefugniss des Kapitäns existirt jedoch nicht.

Die Strafen sind: Todesstrafe, Prügelstrafe, Geldstrafe.

Dem Fortschritte entsprechend wird zufällige That nicht bestraft, Versuch ist milde strafbar, Nothwehr bildet einen Milderungs-, aber keinen Entschuldigungsgrund, Beihülfe steht der That gleich[30]).

Zufällige absichtslose Missethat ist straffrei. Wird z. B. Jemand aus Versehen auf der Jagd erschossen, so bleibt der Thäter straffrei.

Versuch ist strafbar, z. B. Versuch des Mordes wird bestraft mit „Halbtodtschlagen" d. h. mit 100—150 Ziambockhieben in einem Voll-

---

[28]) Hahn a. a. O. S. 306; Fritsch S. 363.

[29]) Vielleicht bezieht sich aber der letztere Passus nur auf absichtliche Tödtung; dann ist er richtig.

[30]) Ueber die ähnliche Behandlungsweise bei den Bantu vgl. Zeitschrift XV S. 63. 64. Vgl. aber auch oben S. 334 f.

zuge. Ferner, erschlägt Jemand einen anderen in der Nothwehr, so erhält er Hiebe bis zur Zahl 50.

Beihülfe wird im Allgemeinen in gleicher Weise wie die That bestraft.

§ 19.

Tod steht auf Kriegsverrath, jedoch mit Ausnahmen:

Kriegsverrath wird mit dem Tode bestraft. In leichteren Fällen, wie für zwangsweise Aussagen von in Gefangenschaft Gerathenen wird der Betreffende seiner etwaigen vorher innegehabten Aemter entsetzt, erhält bis zu 100 Ziambockhieben und wird vom ganzen Stamme verachtet (v. Burgsdorff).

Er steht auf falscher eidlicher Versicherung im Process (v. Burgsdorff).

Auf Zauberei folgte früher jedenfalls Todesstrafe; nach v. Burgsdorff wird noch heutzutage der Zauberer gelyncht.

Geringere Vergehungen werden mit Hieben (Ziambockhieben) und Geldstrafen gesühnt, so namentlich der Ehebruch (bei Ehemann wie bei Ehefrau[31]), die Unzucht[32]), der Diebstahl und die Körperverletzung; auch die Abtreibung[33]). So erklärt v. Burgsdorff:

Der Ehebruch kann mit einer Geldbusse vom Schuldigen gesühnt werden; die im Verein mit dieser zu verhängende Prügelstrafe bestimmt der Kapitän in einem jeglichen Falle nach Anhörung des Urtheils des Rathes nach seinem Ermessen.

Dies gilt insbesondere, wenn ein solches Verhältniss Folgen hat. So heisst es:

Hat ein solches Verhältniss Folgen, so erhalten die Betreffenden neben der eventuellen Kirchenstrafe, die der Missionar verhängt, vom Rath eine Strafe von 25 oft von 50 Ziambockhieben. Diese Strafe wird ohne Ansehen der Person verhängt, während die meisten anderen Strafen, welche einen reichen, angesehenen Mann treffen, für gewöhnlich in Geldstrafe umgewandelt werden können.

---

[31]) Vgl. Olpp S. 175.

[32]) Vgl. unten S. 355. Vgl. auch Theophil Hahn im Globus XII S. 332.

[33]) Auch hier Analogie mit dem Banturecht vgl. oben S. 334.

Ein Tödtungsrecht des Ehemanns bei Ehebruch gilt bei Betreten im eigenen Hause auf frischer That [34]).

Der Ehemann hat nur das Recht, den Ehebrecher zu tödten, falls er ihn in seinem Hause oder auf der eigenen Werft trifft; im anderen Falle muss er sich an den Kapitän wenden.

Von weiteren Vergehungen gilt Folgendes:

Körperverletzung und Unzucht wird je nach den obwaltenden Umständen mit 50 bis zu 100 Hieben in einem Vollzuge bestraft, ebenso wird Abtreibung behandelt.

Die Körperverletzungsstrafe wird namentlich auch dann verhängt, wenn der Mann von seinem Züchtigungsrecht gegen die Frau eine missbräuchliche Anwendung macht und die Frau sich beklagt. Daher heisst es: [35])

Dem Familienvater steht das Recht zu, seine Familienangehörigen, insbesondere auch seine Frau zu züchtigen; ungerechte Züchtigungen werden nach Klage z. B. der Frau beim Rath, meistens mit Geldstrafe, in ganz bösen Fällen mit Ziambockhieben bis zu 50 Stück, bestraft.

Ebenso werden Diebstahl und Hehlerei geahndet:

Diebstahl und Hehlerei wird mit Geld- oder Prügelstrafe geahndet, und zwar mit Ziambockhieben bis zu 25, im Wiederholungsfalle bis zu 50 Hieben.

Selbst Thierquälerei bleibt nicht unbestraft, mindestens wird sie scharf gemissbilligt [36]).

E. Processrecht.

§ 20.

Der bürgerliche Rechtsgang richtet sich ebenfalls völlig nach Häuptlingsrecht; Selbsthülfe ist verboten. Die Ladung ist eine Ladung nach Häuptlingsrecht, die mit Gewalt erzwungen wird und der Nichterscheinende verwirkt Strafe [37]). Dies gilt bei dem Beklagten, wie bei dem Zeugen. Es heisst:

---

[34]) Doch scheint davon wenig Gebrauch gemacht zu werden, vgl. Olpp S. 187.

[35]) Aehnlich bei Ueberschreitung des Züchtigungsrechts gegen den Diener, vgl. Olpp S. 186. Vgl. auch oben S. 341. 347.

[36]) Olpp S. 186. 188.

[37]) Vgl. auch Olpp S. 184.

Ein Selbsthülferecht steht Keinem zu, ebenso darf der Gläubiger den Schuldner weder selbst pfänden noch festnehmen.

Der Beklagte wird durch einen „öffentlichen Boten“ geladen, erscheint er nach dreimaliger Aufforderung nicht, oder sendet nicht rechtzeitig triftige Entschuldigungsgründe, so wird er gefangen und gewaltsam vorgeführt. Für dieses Nichterscheinen erhält er eine Extrastrafe von bis zu 25 Ziambockhieben.

Ferner:

Der Zeuge wird zu den Verhandlungen ebenfalls durch den öffentlichen Boten geladen und ist verpflichtet zu erscheinen. Thut er dieses nach dreimaliger Aufforderung nicht, oder schickt keine genügenden Entschuldigungsgründe, so wird er ebenfalls, wie der Beklagte, gefangen und gewaltsam vorgeführt, er erhält hierfür gleichfalls Prügel bis zu 20 Schlägen.

Die Entscheidung des Processes steht allerdings nicht bei dem Häuptling, sondern bei dem Rathe, dem der Häuptling vorsitzt (S. 358), der aber durch einen kräftigen Häuptling stark beeinflusst werden kann[38]). So heisst es:

Nach Anhörung des Klägers beruft der Kapitän seinen Rath zur Verhandlung. Nach dem wird der Schuldner vorgeladen und nach Anhörung seiner Gründe über ihn abgeurtheilt. Einen Instanzenweg gibt es nicht, die Entscheidung trifft der Kapitän nach dem vom Rathe abgegebenen Urtheil. Ist das letztere nicht mit der Ansicht des Kapitäns übereinstimmend, so folgen oft tagelange Verhandlungen. Massgebend bleibt jedoch das Urtheil des Raths, welches jedoch ein selbständiger Kapitän, wie es z. B. die Kapitäne von Gibean (Hendrik Witboi) und Gokhas (Simon Kopper) sind, sehr zu beeinflussen versteht.

In kleinen Sachen entscheidet der Unterhäuptling[39]).

Ein Triumph des Häuptlingsrechts ist es, dass im Strafprocess das Untersuchungsverfahren gilt: der Häuptling kann ohne Klage den Strafprocess einleiten[40]).

Bei Diebstahl und allen auch nach unseren Begriffen schweren Verbrechen verfolgt der Kapitän auch ohne eingegangene Klage die Strafthat, jedoch wird in ersterem Falle auf Bitten des Bestohlenen der Thäter nur mit Geldstrafe belegt.

---

[38]) Ebenso ist es bei den Bantus, vgl. Zeitschr. XV S. 82.

[39]) Olpp S. 184. 185. 186.

[40]) Vgl. auch Olpp S. 186. Wie bei Bantus Zeitschr. XV S. 76. Anders oben S. 335.

Der Beweis ist vollkommen rationell[41], er ist hauptsächlich Zeugenbeweis; Ordalien bestehen nicht, es besteht nur bei schweren Verbrechen der Reinigungseid. So sagt v. Burgsdorff:

Beim Verdacht ganz schwerer Verbrechen, bei denen sichere Beweise nach der einen oder anderen Seite nicht beizubringen sind, kann dem Verdächtigten auf seinen Wunsch! vom Kapitän im Beisein der Räthe ein Eid abgenommen werden; dieser ist nicht in eine besondere Formel gekleidet, sondern wird von dem Verdächtigten als Betheuerung selbst, nach eigenem Gutdünken gesprochen, er steht nach Leistung seiner Betheuerung sofort als gereinigt seinen Nebenmenschen gegenüber.

Der Vollzug des Urtheils geschieht durch den Gerichtsbeamten, nicht durch die Partei[42].

Die Urtheilsvollstreckung geschieht durch den „Kornet".

Gegen das Urtheil des Unterhäuptlings kann man an den Rath des Häuptlings appelliren[43].

F. Staatsrecht.

§ 21.

Der Staat ist, wie bei den Bantus, Geschlechterstaat, jedoch mit der Möglichkeit, Fremde in den Kreis aufzunehmen, die sich aber dann einer der Familien anschliessen müssen.

Der ganze Stamm ist eine grosse Familie, die sich aus bestimmten Geschlechtern zusammensetzt. Fremde, welche stets gerne zur Vergrösserung des Stammes aufgenommen werden, müssen sich diesen kleineren Familienverbänden anschliessen und sich den Sitten und Gebräuchen des Stammes fügen.

§ 22.

Das Häuptlingsrecht ist schon in heidnischer Zeit erblich geworden, und zwar in männlicher Linie[44]. Die

---

[41]) Vgl. auch Olpp S. 185.

[42]) Vgl. auch Olpp S. 185.

[43]) Olpp S. 185.

[44]) Theophil Hahn im Globus XII S. 305. Vgl. auch Fritsch S. 321. Ueber das Häuptlingsrecht vgl. auch schon Dapper S. 628.

Gerichtsausübung ist insofern beschränkt, als er nur mit Hülfe seines Rathes entscheiden darf[45]); und auch nach anderer Seite ist die Gewalt geregelt. Jedoch hat er, und zwar für sich allein, das Begnadigungsrecht.

Häuptlingschaft besteht. Der Häuptling (Kapitän genannt) führt ein patriarchalisches Regiment; er hat nur unter Zustimmung des Raths ein Recht über Leben und Tod. Ein vom Rath ausgefertigtes Todesurtheil kann von ihm jederzeit umgestossen werden.

Das Begnadigungsrecht steht dem Kapitän zu[46]).

Die Erblichkeit hat eine begreifliche Beschränkung.

Nach dem Ableben des Kapitäns folgt der älteste Sohn desselben. Nur Geistesschwache werden übergangen! Die Kapitänswürde verbleibt somit in der Kapitänsfamilie.

Von Häuptlingen mehrerer Stämme erwirbt möglicherweise der eine eine Art von Hegemonie über das andere und wird zum Oberhäuptling[47]). Doch haben die Hottentotten niemals solche staatenbildende Kraft bewiesen, wie die Zulu oder die Xosa, weil ihnen die nachhaltige Energie fehlt[48]).

Neben dem Häuptling giebt es Unterhäuptlinge.

Der Vornehmste ist der Kapitän, dann folgt der Unterkapitän, — in grösseren Stämmen sind zwei vorhanden — dann folgen die Rathsleute. Alle diese müssen von den übrigen Stammesangehörigen geachtet werden. Vergehen gegen diese Sitte wird mit Prügel bestraft.

Der Rath des Häuptlings, der die Gerichtsbarkeit ausübt, besteht aus den Häuptern der angesehensten Familien[49]). Es heisst hier:

Durch den Rath (eine Versammlung von circa 20 Mann, die sich aus den Angesehensten aller Familien zusammensetzt) ist der Kapitän beschränkt: im Grunde ist er nur das ausführende Organ der Beschlüsse dieser Versammlung, welche wieder von einigen lebhaften aufgeweckten

---

[45]) Oben S. 356. Ueber den Rath (die Alten) vgl. auch Olpp S. 169; Fritsch S. 362.

[46]) Ueber das Häuptlingsrecht ähnlich Olpp S. 168. Nach ihm soll aber von der Begnadigung selten Gebrauch gemacht werden (S. 186).

[47]) Olpp S. 171.

[48]) Vgl. Fritsch S. 322 f.

[49]) Vgl. auch Fritsch S. 321.

Leuten geleitet wird; ein kluger Kapitän (wie z. B. Hendrik Witboi) übernimmt natürlich diese Rolle persönlich.

Er beschränkt das Häuptlingsrecht, das sich hier nie in so rücksichtsloser Weise entwickelt hat, wie bei vielen Bantustämmen.

Die Macht eines Kapitäns ist ordnungsmässig festgesetzt und darf weder ein Stellvertreter oder ein Nachfolger des Kapitäns Aenderungen ohne Zustimmung des Raths — und hierbei meistens des ganzen Volkes — schaffen.

Auch bei Verwaltungshandlungen, z. B. der Landzuweisung, wirkt der Rath mit (v. Burgsdorff)[50]. So jedenfalls auch bei der Gesetzgebung, obgleich behauptet wird, dass keine Gesetzgebung bestehe; was wohl nicht ausschliesst, dass Verordnungen auf die Dauer erlassen werden.

Eine eigentliche Gesetzgebung ist nicht vorhanden.

Die Familienhäupter an sich haben in Streitfällen nur eine vermittelnde, keine entscheidende Thätigkeit.

Die einzelnen Gemeinden (Familienzusammengehörigkeiten) sind nicht selbständig; doch kann das von ihnen gewählte Familienoberhaupt kleine Streitsachen schlichten. Erst dann, wenn es ihm nicht gelingt, die Streitenden zu versöhnen — oder trifft den Schuldigen eine grössere Strafe —, so wendet er sich an den Kapitän und Rath.

§ 23.

Neben dem Rathe kommt noch die Volksversammlung in Betracht, in sehr wichtigen principiellen Dingen, bei Wahl (Bestätigung) des neuen Häuptlings, bei Entscheidung über Krieg und Frieden und sonstigen massgebenden völkerrechtlichen Beschlüssen. Jeder erwachsene selbständige Mann hat Zutritt; Personen dienender Klasse sind ausgeschlossen. Die Anwesenden bilden Gruppen, und in jeder Gruppe wird entschieden und die Entscheidung dann bekannt gegeben. Processe kommen nicht an die Volksversammlung[51].

---

[50]) Vgl. auch Fritsch S. 322.

[51]) Olpp S. 169. 174. 184.

§ 24.

Das heidnische Priesterthum scheint mächtig gewesen zu sein; es scheint eine eigenartige bevorrechtete Stellung gehabt zu haben[52]. Hierüber schreibt v. Burgsdorff, offenbar nach traditionellen Mittheilungen Folgendes:

In früheren Zeiten bestand ein sogenanntes Priesterthum. Der Träger desselben unterstand dem Kapitän, wurde jedoch von den anderen Stammesangehörigen ihm gleichgeachtet. Hatte dieser „Lehrer" eine strafwürdige That begangen, so wurde die Strafe im Geheimen über ihn vollstreckt. Es ist dies jedoch eine vollkommen bereits veraltete Sache.

---

[52]) Noch scheint eine Art Orden, der Orden der doro zu bestehen, die gewisse Speise- und sonstige Verbote beobachten, aber keine rechtliche Sonderstellung einnehmen, Olpp S. 166.

IX.

Das Trauerjahr der Witwe.

Von

Géza Révész in Budapest.

Einleitung.

Dass primitive — wenn auch nicht die culturell tiefst stehenden — Völker der dualistischen Weltauffassung ergeben sind, ist allbekannt und unbestritten. Sie glauben, der Mensch bestehe aus zwei verschiedenen, von einander gleichsam unabhängigen Theilen; sie unterscheiden das eine Ich, den Körper, und das andere Ich, die Seele, und während sie sich den Körper als Materie versinnlichen, welche entsteht, sich entwickelt und durch Tod untergeht, denken sie die Seele als etwas Unsichtbares, als Hauch, existirend, jedoch unvergänglich, welche den Körper verlassend sich entweder individualisirt oder in einen anderen Körper begiebt. Beide Ansichten finden ihren Ursprung in dem Gedanken an das unendliche d. h. überirdische Leben der Seele, welcher so allgemein verbreitet ist, dass ihn Bastian „Elementargedanken“ nennt. —

Der primitive Mensch ist nicht im Stande, das Leben vom Tode so streng zu scheiden wie wir, und auch wir irren uns oft genug in dem Zeitpunkt des Todes. Der primitiv denkende Mensch kann, wenn er schlafende oder ohnmächtige Menschen sieht, welch letztere besonders durch Unbeweglich-

keit und Körperfarbe so auffallend den todten ähneln, oder wenn er nach Ablauf längerer Zeit das Erstehen eines Scheintodten erfährt, leicht auf den Gedanken kommen, dass auch der Tod nichts sei als ein langandauernder Schlaf, aus dem es ein Erwachen gebe. Dieser Gedanke kommt zum vollkommensten Ausdruck bei dem Volke der Toda, welches (laut Perceval) so lange die Leiche nicht vollständig sich zersetzt hat, fortwährend hofft, dass der Todte erwachen würde [1]. Auch sagt das Buschmann-Sprüchwort, das Leben sei ein Traum.

Sehr scharf drückt sich die Idee unentwickelter Völker, dass es zwischen Leben und Tod keinen grossen Unterschied gebe, bei den Malayen [2]) aus, welche glauben, dass Leichenschmäuse die Seelen der Todten zurückzurufen vermögen; desgleichen erfahren wir von den Moondes und Hos [3]), dass sie die Seele der schon verbrannten Leiche heimrufen können. Zahllos sind die Daten, die darüber berichten, wie verbreitet die Ansicht ist, dass durch Schreien und Schimpfen die Seele zurückzurufen sei.

Und eben weil diese Völker den Eintritt des Todes nicht feststellen können, werden sie mit Nothwendigkeit entsprechend handeln müssen: sie begraben oder verbrennen den Todten beileibe nicht, sobald die äusseren Zeichen des Zerfalls auf Tod hindeuten, sondern warten eine Weile, ob er wohl erwachen würde und wenden verschiedene Praktiken an, um den Eintritt des Todes mit Sicherheit constatiren zu können. So pflegten die Arawaken [4]) sowohl wie die Hottentotten ihre Todten zu prügeln, und erst wenn sie sich daraufhin nicht rührten, begruben sie sie. Oder aber versuchten sie mit Lärm und mit Reden den Todten zu erwecken, welches Ver-

---

[1]) Herbert Spencer, Die Principien der Sociologie. Stuttgart 1877. Bd. I S. 190.

[2]) Ratzel, Völkerkunde. 2. Aufl. Leipzig 1895, Bd. I S. 442.

[3]) Spencer a. a. O. Bd. I S. 191.

[4]) Spencer, Pr. d. Soc. Bd. I S. 191.

fahren wir an zahlreichen Stellen antreffen, so in Korea [5]), bei den Hottentotten [6]), bei den Bewohnern von Fidschi [7]) u. a. m.

Im innigsten Zusammenhange mit dem Zweifel an dem Eintritt des Todes steht die allgemein verbreitete Ansicht, dass die Seele selbst nach dem Tode eine Zeit lang den Körper nicht verlässt oder mindestens im Zusammenhange, in Berührung mit dem Körper bleibt, das Grab umkreist, um erst nach einer gewissen Zeit endgültig das irdische Dasein zu verlassen.

In Polynesien sehen wir die Auffassung sehr verbreitet, dass die Seele eine gewisse Zeit auf Erden um das Grab herum irrt, bis sie dann im Lande Milus oder Wakeas Einlass erlangt [8]). Aehnlich denken auch die Malayen und die Eingeborenen von Nordwestamerika [9]). Weiters finden wir dieselben Ideen im Nordosten Amerikas [10]). Auch die alten Mexikaner glaubten an die irdische Seelenwanderung [11]), wie wir auch auf den Karolinen, auf den mikronesischen Inselgruppen [12]), in Afrika unter den Negern [13]) derselben Ansicht begegnen. Es ist ersichtlich, dass diese Ideen in allen Welttheilen heimisch sind.

Der vorhin erwähnte Zweifel an dem Eintritt des Todes und die eben gezeichneten Ideen führen Hand in Hand dazu, dass die Leiche eine Zeit lang nicht begraben werde. Und wirklich hören wir, dass die Chiriquis-Indianer [14]) die Leiche ein ganzes Jahr unbegraben liegen lassen; auch bei den

---

[5]) Ratzel, Völkerk. II S. 729.

[6]) Waitz, Anthropologie der Naturvölker. Leipzig 1860—77, Bd. II S. 349.

[7]) Spencer, Pr. d. Soc. Bd. I S. 191.

[8]) Ratzel a. a. O. Bd. I S. 42.

[9]) Ratzel a. a. O. Bd. I S. 43.

[10]) Waitz a. a. O. Bd. III S. 195.

[11]) Waitz a. a. O. Bd. IV S. 165.

[12]) Waitz-Gerland Bd. V, 2. Heft S. 139.

[13]) Waitz a. a. O. Bd. II S. 191.

[14]) Ratzel a. a. O. Bd. I S. 43.

Malayen [15]) giebt es Stämme, bei denen die Leiche oft mehrere Jahre auf ihr Begräbniss wartet. Bei dem Stamme Vei in Afrika findet das definitive Begräbniss erst statt, nachdem der Todte schon eine Zeit lang in seinem Hause gelegen war [16]). Bastian verzeichnet die Vorschrift in Loango, dass die Leichen wenigstens einige Monate unbeerdigt bleiben müssen [17]). Diese Sitte bildete sich dann bei den Bewohnern von Port Moresby so weit aus, dass die Witwe mit dem Leichname ihres Mannes ungefähr ein Jahr lang im Todtenhause beisammenwohnt, bis die totale Verwesung eingetreten ist [18]). Auf den Gilbert-Inseln bleibt die Witwe so lange mit der Leiche ihres Mannes, bis der Zerfall soweit fortgeschritten, dass das Haupt von selbst sich vom Rumpfe trennt, worauf sie dann den Schädel präpariren und einige Zeit als Zeichen der Trauer mit sich tragen muss [19]).

So führt also die Seele des Todten ihr irdisches Leben weiter, bis zu einem nicht festzustellenden Zeitpunkte, welcher jedoch oft auf irgend eine Art fictiv präcisirt wird. In diesem Zeitraume ist das Leben der Seele ähnlich gedacht wie das wirkliche vergangene Leben des Verstorbenen; ja auch das überirdische Leben wird so vorgestellt, und dieser Glaube ist es eben, welcher dazu führt, dass die Naturvölker an Besuche der Geister glauben, besonders an Besuche seiner Angehörigen und daran, dass er — insbesondere solange er noch um sein Haus herum irrt — seine Angehörigen misshandeln, sich an ihnen rächen, sie überhaupt in ihren Handlungen beeinflussen könne, wie davon besonders die Neger überzeugt sind [20]).

Man kann getrost behaupten, dass die Völker primitiver

---

[15]) Ratzel a. a. O. Bd. I S. 444.

[16]) Waitz, Anthrop. Bd. II S. 195.

[17]) Bastian, Besuch in San Salvador (Congo), Bremen 1859 S. 164.

[18]) Ratzel, Völkerk. Bd. I S. 346.

[19]) Ratzel, Völkerk. Bd. I S. 305. [Weitere Nachweise bei Kohler in Grünhut XIX S. 580 f. Kohler.]

[20]) Waitz a. a. O. Bd. II S. 191.

Culturen insgesammt diesem Gedankenkreise folgen; sie müssen daher trachten, sich in irgend einer Weise von den Seelen der Todten loszumachen, allenfalls von denjenigen, welche ihnen am gefährlichsten sind. Die einmal vorhandene Furcht vor den Geistern der Todten — deren Rudimente heute noch bei den ungebildeten Schichten der höheren Culturvölker anzutreffen sind — diese Furcht stärkt sich insbesondere durch den Glauben, dass die Seele ein gewaltigeres Wesen sei denn der Lebende, welcher Glaube uns als selbstverständlich erscheinen wird, wenn wir erwägen, dass ein unsichtbarer Gegner uns immer fürchterlicher erscheinen muss als ein sichtbarer, gegen welchen wir uns vertheidigen, uns zur Wehre setzen können. Um zu erzielen, dass die Böswilligkeiten der gefährlichen Geister schon ab ovo vereitelt seien, bedienen sich die primitiven Völker zweier Vorgehensweisen.

Eine kleine Gruppe ist des Glaubens, dass es möglich sei, durch gewaltsame menschliche Mittel die Einwirkung des Geistes unmöglich zu machen; und zu diesem Ende versuchen sie dreierlei.

Entweder glauben sie, dass man die Seele des Todten tödten könne, wofür ich schon ein Beispiel angeführt habe, das der Chibeha-Indianer, und ich bringe nur zur Verstärkung des Obigen (nach Spencer)[21]) das Beispiel der Neu-Seeländer, welche bekanntlich glauben, dass auch die Seele dessen untergeht, den sie verspeisen; die Damara sind der Meinung, dass auch die Seele zu Grunde geht, wenn man die Leiche, statt sie zu begraben, den wilden Thieren zuwirft; diese Sitte ist im Uebrigen bei vielen Stämmen verbreitet. Bastian behauptet, die Matiamba-Negerinnen seien überzeugt, dass sie die Seelen ihrer Männer ertränkten, wenn sie deren Leiche ins Wasser würfen[22]). — Diese Völker also, die glauben, dass man die unsterbliche Seele tödten könne, entledigen

---

[21]) Spencer, Pr. d. Soc. Bd. I S. 198.
[22]) Spencer, Pr. d. Soc. Bd. I S. 198.

sich kurz der lästigen Geister. — Naheliegend zu dieser Classe ist das Beispiel der Tupi [23]), die alle Glieder der Leiche fest zusammenschnüren, damit sie nicht aufstehen und sie maltraitiren könne. Aehnliches erfahren wir über die Damara.

Die zweite Classe dieser Gewaltthätigen bilden diejenigen, welche — ausgehend aus dem Glauben, dass das Leben der Seele ein dem irdischen gleiches sei, er also nach dem Tode derselben Werkzeuge bedarf wie ein Lebender — glauben, dass sie dem Geiste entrinnen können, wenn sie diese Utensilien vernichten. Als Beispiel mögen die Kaffern dienen, die die Waffen der Todten zerbrechen, damit sie Niemand damit verwunden könnten [24]), weiters die Australneger, die den Leichnam ihrer Feinde durch Abschneiden des rechten Daumens verstümmeln, damit sie keine Speere zu werfen vermöchten [25]). Die Comanchen befolgen die Sitte, bei der Trauerceremonie die Waffen des Todten zu verbrennen. Und Franklin behauptet, dass bei den Tschippewa-Indianern kein Geräth des Todten ganz bleibt, alles wird zerbrochen oder verbrannt [26]).

Endlich der dritte und häufigere Fall, wo der primitive Mensch sich in der Weise der Macht des Geistes zu entziehen versucht, dass er entweder selbst das Haus verlässt, indem er glaubt, dass der Todte nur um sein Haus herum sich aufhält, oder aber die Leiche selbst weit weg trägt, um sie im Walde zu begraben oder ins Meer zu werfen in dem Glauben, dass der Geist den Weg nach Hause nicht treffen würde (wie im irdischen Leben!). Zur ersten Variante finden wir eine Menge von Daten in Amerika, wo es Sitte ist, das Haus des Todten zu verbrennen [27]), was aber auch in anderen Welttheilen

---

[23]) Spencer, Pr. d. Soc. Bd. I S. 190. [Ebenso bei den Hottentotten, vgl. Fritsch, Eingeborene von Südafrika S. 335. Kohler.]

[24]) Spencer, Pr. d. Soc. Bd. I S. 239.

[25]) Spencer, Pr. d. Soc. Bd. I S. 239.

[26]) Spencer, Pr. d. Soc. Bd. I S. 240. [Vgl. auch Kohler in Zeitschrift XII S. 396. Kohler.]

[27]) Ratzel, Völkerk. Bd. I S. 584.

nicht selten geschieht. Die Kamtschadalen verlassen ihre Wohnstätten, wenn Einer von ihnen stirbt, ohne sich um den Leichnam zu kümmern. Auch die Creek-Indianer fürchten die Rückkehr der Seele und verlassen daher das Todtenhaus [28]). Die Buschmänner verlassen die Stätte, wo Einer von ihnen starb, und bleiben 1—2 Jahre fern [29]). Nach Kolben verlassen auch die Hottentotten ihre Krals [30]), wie auch die Boobies, welche um Fernando Po ansässig sind [31]). Bei den Polynesiern finden wir Zeichen der zweiten Variante, wonach nämlich die Leichen entfernt werden: sie werfen sie ins Meer [32]); in Kamerun werden sie im Walde begraben [33]); auch in New-Guinea auf der Insel Rook wird das Grab — wie Krieger berichtet — mit einem Zaun umgeben, damit der Geist nicht mehr heraus könne [34]).

Bei den drei Arten dieser Gruppe wird also der Geist, es sei durch Gewalt, es sei durch Schlauheit besiegt. Obwohl diese Gruppe hie und da recht häufig vorkommen mag, kommt sie doch sehr selten vor im Verhältniss zu der jetzt zu schildernden Gruppe; und wenn ich bedenke, dass die beiden letzteren Classen dieser Gruppe in keinem Widerspruche mit der zweiten Gruppe sich befinden, d. h. dass beide Formen des Geisterschutzes zugleich bei demselben Volke vorhanden sein können, so muss ich zur Ueberzeugung kommen, dass die nächstfolgende Gruppe die generelle, die allgemeine Erscheinung bildet.

---

[28]) Spencer, Pr. d. Soc. Bd. I S. 244.

[29]) Waitz, Anthrop. Bd. II S. 346.

[30]) Spencer, Sociologie Bd. I S. 244. [Oder sie schaffen ihn durch eine besondere Oeffnung rückwärts aus der Hütte, Fritsch, Eingeborene Südafrikas S. 335. Kohler.]

[31]) Bastian bei Spencer Bd. I S. 244. [Auch die Papuas verlassen die Hütte, Kohler, Arch. f. Religionswiss. IV S. 344. Kohler.]

[32]) Waitz-Gerland a. a. O. Bd. V, 2. Heft S. 150.

[33]) Ratzel a. a. O. Bd. I S. 42.

[34]) Krieger, Neu-Guinea. Berlin 1899 S. 180. [Dazu gehört auch die universelle Sitte, Steine oder Erde auf das Grab zu werfen, um dem Todten den Ausgang zu versperren. Kohler.]

Diese zweite Form ist die Aussöhnung des Geistes.

Die Naturvölker gehen, wie wir schon sahen, von der Ansicht aus, dass die Seele ein dem irdischen ähnliches Leben führt, und zwar bevor sie in das Ueberirdische eintreten würde, eine Zeit noch auf der Erde; diese Völker glauben also, dass die Seelen die nämlichen Bedürfnisse haben wie die Lebenden, oder eher noch: wie sie bei Lebzeiten hatten, es liegt also nahe, sie so zu beschwichtigen, dass ihre Bedürfnisse befriedigt werden, da ja auch der Lebende dann versöhnt ist, wenn er keine unbefriedigten Wünsche mehr hat. Wie klar dieser Gedanke der gleichen Bedürfnisse ist, ist am Besten aus der Ansicht der Indianer zu entnehmen, wonach die Geister rauchten, und aus dem Glauben der Fidschi-Inselbewohner, dass die Götter die Seelen derjenigen, die sie verspeisten, — gebraten zu essen pflegten (Spencer, Pr. d. Soc. Bd. I. S. 212). Wenn sie eine Frau begraben, so geben sie ihr Hausgeräthe mit in das Grab, Kindern aber Spielzeug [35]).

Der Aussöhnungsgedanke offenbart sich zuvörderst in der Sitte, auf das Grab des Todten oder in das Grab Speisen zu legen. Diese Institution ist äusserst verbreitet. Einige Beispiele.

In Afrika ist es bei den Negern [36]), besonders aber in Dahomey [37]), Brauch, Wasser und Blut in Gefässen neben das Grab zu legen. — In Asien sind es die indischen Bergbewohner, das Volk der Bhil, die Santalen [38]), in Asiens Polargegenden [39]), in Malakka, in Java [40]) und die Milanos in Borneo [41]). In Amerika sehen wir, dass die Chibcha und Peruaner [42]) Gebäck

---

35) Spencer, Pr. d. Soc. Bd. I S. 228.

36) Spencer, Pr. d. Soc. Bd. I S. 196 und Ratzel, Völkerk. II, 46.

37) Spencer, Pr. d. Soc. Bd. I S. 193.

38) Spencer, Pr. d. Soc. Bd. I S. 192. [Ebenso viele andere indische Stämme, vgl. Kohler im Ausland 1891 S. 684. Kohler.]

39) Ratzel a. a. O. Bd. I S. 652.

40) Waitz, Anthropol. Bd. V, Heft 1 S. 168.

41) Ratzel a. a. O. Bd. I S. 444.

42) Spencer a. a. O. Bd. I S. 193. [Zahlreiche Nachweise bei Kohler, Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. XII S. 397—399. Kohler.]

aus Maismehl, Getränke, Kartoffel u. s. w. dem Todten beilegen, desgleichen in Uvaba von Südamerika[43]) u. s. w. — In Australien kann man die Hawai-[44]), Karolinen-[45]), Philippinen-[46]) Inseln anführen als Stätten dieser Sitte. — Selbst in kurz vergangener Zeit und in Europa finden wir in manchen Gegenden Böhmens den Brauch, in den Sarg neben den Todten ein Laib Brot zu legen[47]).

Die primitiven Völker denken auch an mögliche Angriffe gegen den Todten; er soll sich vertheidigen können; sie legen ihm also eine Waffe bei[48]); und sie versehen ihn mit Kleidern. Als Curiosum will ich erwähnen, dass einem chinesischen Kaiser, als er starb, 150 ganze Anzüge in die Ewigkeit mitgegeben wurden[49]). Auch die Leiche der Königin von Madagaskar wurde in 500 Seidenkleider gehüllt, und 20 goldene Taschenuhren und 100 Ringe bekam sie mit[50]).

Ausser den Kleidern werden den Todten Schätze, Geld, Kostbarkeiten beigegeben, wozu schon die modernen Ausgrabungen genügende Belege liefern. — Dazu gehören Sühnopfer: das Schlachten von Pferden oder anderer Thiere am Grabe; auch Menschenopfer, insbesondere tödten von Sklaven und von Witwen oder Begraben derselben bei lebendigem Leibe sind sehr häufig, mit der Begründung, der Todte müsse Bediente im überirdischen Leben mit haben. Die Verbrennung der Witwe kommt später aufs Tapet, hier will ich nur einige

---

[43]) Waitz a. a. O. Bd. III S. 387.

[44]) Ratzel a. a. O. Bd. I S. 304.

[45]) Waitz-Gerland a. a. O. Bd. V, Heft 2 S. 139, 153.

[46]) Waitz a. a. O. Bd. V, Heft 1 S. 168.

[47]) B. Jelinek, Vorgesch. von Böhmen S. 21 (Mittheil. d. Anthrop. Gesellschaft Wien, XXI. Band).

[48]) So bei den Ojibwä, den Komantschen, den Cri [Kohler, Zeitschr. XII S. 397 f. Kohler.]

[49]) Ratzel, Völkerk. Bd. II S. 728.

[50]) Spencer, Pr. d. Soc. Bd. I S. 229. [Schmücken der Leiche bei den Papua vgl. Kohler, Arch. f. Religionswissenschaft IV S. 343. Kohler.]

Beispiele vorbringen, um zu zeigen, wie allgemein verbreitet die Menschenopfer sind, die der Aussöhnung des Todten dienen.

In Asien sehen wir vor Allem Indien, wo bei dem Stamme Garo noch im Jahre 1866 das Menschenopfer vorkam [51]. Diese Barbarensitte stand in China [52] noch unter den ersten Mandschu aufrecht; und auch in Japan [53]. In Afrika haben die Neger dem Range gemäss festgestellt, bei wessen Tode überhaupt und wie viele Menschen getödtet werden müssen [54]; auch in Dahomey [55] und im Congo [56] ist dies heimisch. — Die Cariben [57] [58], die Guarani [59], halten sich an diese Sitte; in Alt-Mexiko wurden manches Mal 200 Leute bei einem Begräbniss abgeschlachtet [60] [61], auch in Peru [62] war dies der Fall. — Das Menschenopfer florirte bei den Malayen auf Borneo, den Milanos, und bei den Battak [63]. In Australien finden wir diesen Gebrauch auf Tonga, auf den Fidschi-Inseln [64]. Auch ist es wohlbekannt, dass aus Anlass der Verbrennung des Patroklus etwa 12 trojanische Gefangene verbrannt wurden [65]. Auch die germanische Mythologie weiss von Brünhilden zu erzählen, die bei dem Tode ihres Gatten verbrannt wurde und mit ihr einige Diener [66].

---

[51]) Ratzel a. a. O. Bd. II S. 718.

[52]) Ratzel a. a. O. Bd. II S. 728.

[53]) Hellwald, Culturgeschichte. Augsburg 1884 (3. Aufl.) Bd. II S. 195.

[54]) Waitz, Anthrop. Bd. II S. 191.

[55]) Waitz, Anthrop. Bd. II S. 192.

[56]) Spencer a. a. O. Bd. I S. 231.

[57]) Spencer a. a. O. Bd. I S. 231.

[58]) Waitz a. a. O. Bd. III S. 387.

[59]) Waitz a. a. O. Bd. III S. 419.

[60]) Waitz a. a. O. Bd. IV S. 167.

[61]) Hellwald a. a. O. Bd. II S. 376.

[62]) Ratzel a. a. O. Bd. I S. 628.

[63]) Ratzel a. a. O. Bd. I S. 445.

[64]) Waitz-Gerland a. a. O. Bd. V, 2. Heft S. 200.

[65]) Homer, Ilias. [66]) Grimm, Deutsche Rechtsalterthümer S. 455.

Zu den Sühnopfern zähle ich auch die Vendetta, die Blutrache. Die Stämme stehen solidarisch ein für jedes ihrer Mitglieder; und auch wenn der Angegriffene getödtet wurde, halten sie es für ihre Pflicht, ihn zu rächen, besonders diejenigen, die ihm nahestanden, da sie glauben, der Todte würde sie sonst bestrafen als Leute, die sich gegen ihn vergangen, die ihre Pflicht verleugnet haben. Diese Ansicht ist allgemein und hat sich auch lange selbst bei den Culturvölkern erhalten.

Den natürlichen Tod halten diese Völker gerade für den widernatürlichen (da man natürlich nur in der Schlacht fallen kann), und sie suchen auf verschiedene Weise Jemand, an dem sie sich rächen können für den Tod ihres Genossen. So ist es kein seltener Fall, den Winterbottom auf der Goldküste sah: dass nämlich die Leiche befragt wird, wer der Mörder sei und aus angeblich merklichen Zeichen des Leichnams auf den Schuldigen geschlossen wird[67]). In Australien wieder folgert man aus dem Lauf eines Insects, das auf den Grabhügel gesetzt wird, wo der Mörder zu suchen sei[68]). Ja selbst eine Fiction bestand in Bezug auf den vermeintlichen Mörder bei natürlichem Tode in Corsica um das Jahr 1743, indem man die Witwe für die Mörderin ansah, und deshalb griffen alle Frauen des Orts die Witwe beim Tode ihres Mannes an und prügelten sie[69]). Bei den Sihanaka auf Madagaskar ist es Brauch, mit der Witwe nach dem Tode ihres Mannes äusserst grausam umzugehen, sie aus der Gesellschaft zu verstossen, ihres Schmucks zu berauben, und erst wenn sie so ihr hartes Trauerjahr verlebt und von den Anverwandten ihres Mannes vom Morde freigesprochen wurde,

---

[67]) Winterbottom, Nachrichten von der Sierra-Leone-Küste, Weimar 1805 S. 300.

[68]) Waitz-Gerland, Anthropologie Bd. VI S. 805.

[69]) Ploss, Das Weib in der Natur und Völkerkunde. Leipzig 1891. Bd. I S. 513—514.

kann sie zu ihrer eigenen Familie zurückkehren und wieder heiraten [70]).

Auf diese Arten glauben die Naturvölker und selbst, wie wir sahen, einige höherstehende Völker die materiellen und moralischen Wünsche und Begierden der Geister zu stillen, und sie setzen diese Gaben und Opfer so lange fort, bis sie die Ueberzeugung erlangen, dass die Seele das irdische Leben schon verlassen hat, in andere Welten gezogen ist. Zwar treffen wir auch Völker, die den Geistern der Todten noch Opfer darbringen, wo sie sie nicht mehr auf Erden wähnen, dies ist aber ein höheres Stadium und findet seine Ursache nicht in der Furcht vor den Geistern, sondern in der Ehrfurcht, wovon wir weiter unten zu sprechen haben werden.

Besonders klar spiegelt sich der Gedanke, den Todten nur so lange Speise und Trank zu reichen, als sie noch auf der Erde herumirren, bei den Indianerstämmen, die in den Felsengebirgen von Nord-Amerika wohnen; diese versehen die Todten nur ein Jahr lang mit Speise, und wenn sie bemerken, dass die Speise unberührt bleibt, so unterlassen sie das Weitere, indem sie sagen, es sei klar, dass die Seele sich endlich ein üppigeres Jagdrevier gefunden habe [71]). Schoolcraft behauptet, dass die Dakotah ein Jahr lang den Seelen der Todten zu essen geben. — Die Stämme Bodo und Dhimal wiederholen eine Weile die Speisen- und Trankopfer, die bei den Begräbnissen gebräuchlich sind [72]). Bei dem Volke Holontalo ist es Brauch, dass als Sühnopfer die Seelen 40 Tage lang gespeist werden, wobei ihnen auch Geld und Blumen dargebracht werden [73]) u. s. w.

Diese zweite Gruppe von Bräuchen und Sitten fusst also auch auf dem Gedanken der Unsterblichkeit der Seele, sie geht aus von der Furcht vor dem Unwillen des Geistes und

---

[70]) Keller, Die ostafrikanischen Inseln. Berlin 1898 S. 66.

[71]) Waitz a. a. O. Bd. III S. 195.

[72]) Spencer, Pr. d. Soc. Bd. I S. 196.

[73]) Ratzel, Völkerk. Bd. I S. 442.

will ihm durch Versöhnung vorbeugen. Im Verlaufe der späteren Entwickelung weicht die Furcht der Ehrfurcht, welche aber nie eines leisen Mitklingens der Furcht entbehrt. Sie fürchten sich, solange sie glauben, der Geist sei stark, allmächtig, wie sie sich vor dem allmächtigen Gott oder vor dem Despoten fürchten; sobald sie aber den Glauben an die Geister oder an ihre Allmacht verlieren, so verschwinden die Sühnopfer und es bleiben Ceremonien zurück, wie sie die Ehrfurcht fordert. Immer aber erinnert uns ein blasser Schauer der Furcht an die ferne Vorzeit und heute noch hält uns das räthselhafte Wesen des Todes so in seinem Banne, dass sich die Meisten fürchten, eine Nacht allein mit einem Todten zu verbringen, oder um Mitternacht einen Friedhof zu besuchen. Im Uebergangsstadium sehen wir die Speiseopfer verschwinden und an ihre Stelle Blumenopfer treten; obwohl der Glaube am überirdischen Leben weiterbesteht, verschwinden doch die Menschenopfer und werden abgelöst durch symbolische Opfer, wie wir sie in China [74]) heute noch beobachten können, indem Papier-Puppen mit den Todten begraben werden, oder aber — wie bei den Quacolt-Indianern [75]) die Witwe mit der Leiche ihres Mannes auf den Scheiterhaufen gelegt wird, sie wird jedoch nicht verbrannt; auch die Pferdeopfer sind einer Wandlung unterworfen; statt das Pferd am Grabe zu schlachten, wird es einige Mal um das Grab herum geführt [76]) und selbst im heutigen Europa wird grossen Generalen in ihrem Begräbnisszuge ihr Schlachtross nachgeführt [77]). Wie erwähnt, verschwinden also diejenigen Opfer, die der Furcht vor den Geistern entsprangen —, nicht aber die feierlichen Begräbnisse, wodurch die Nächststehenden den Ueberlebenden ihre Ehrfurcht

---

[74]) Ratzel, Völkerk. Bd. II S. 728.

[75]) Tylor, Anfänge der Cultur Bd. I S. 454.

[76]) Tylor, Anfänge der Cultur Bd. I S. 457 (bei den Quacolt-Indianern).

[77]) [So bei Papuas, wo der Todte nur die Seele, das Bild, den Schatten der Sache mit sich nimmt, Kohler, Arch. f. Religionswissensch. IV S. 342. Kohler.]

und ihre Liebe dem Andenken des Todten gegenüber kund thun. Die Culturreligionen aber verwerfen jedwede materielle Begründung der Trauer, sie fordern sie als ein Postulat der Innerlichkeit, als eine moralische Nothwendigkeit, die Selbstzweck ist und keiner Begründung bedarf; dieser Gesichtspunkt ist in den entwickelten Gesellschaften allgemein geworden.

§ 1.

Das Trauerjahr der Witwe ist in seiner ganzen Ausdehnung zu diesen Trauerceremonien zu zählen, welche aus der Furcht vor den Geistern der Todten entsprangen, es ist ein Bestandtheil derselben. Das specielle Trauern der Witwe besteht negativ ausgedrückt darin, dass sie nicht wieder heirathet, welche Erscheinung im Folgenden als „Trauerjahr der Witwe“ bezeichnet werden soll; darin unterscheidet sich die Trauer der Witwe von allen Anderen.

Die Witwe, dem verstorbenen Manne am Nächsten stehend, fürchtet sich am Meisten vor seinem Geiste, sie wird trachten, ihn auszusöhnen, auf dass er in seinen Erdenwanderungen, die er zumeist um sein Haus vollführt, ihr kein Leid anthue und versöhnt, besänftigt in das ewige Leben hinüberwandern könne.

Zweifelsohne ist es das höchste Sühnopfer, das die Frau ihrem Manne bringen kann, wenn sie ihm in den Tod folgt, um ihm wie bis dahin nun auch im überirdischen Leben eine treue Magd zu sein. Und in der That war das Verbrennen der Witwe, der Suttiismus, eine häufige Erscheinung im alten Europa und es erhielt sich bis zu unseren Tagen bei den uncivilisirten Völkern.

In Asien war diese Sitte hauptsächlich in Indien verbreitet, wo noch Anfangs des 19. Jahrhunderts Fälle vorzukommen pflegten [78]). Weiters bestand diese Institution in

---

[78]) Tylor, Anfänge der Cultur Bd. I S. 458. [1829 wurde der Suttee verboten. Kohler.]

Nepal [79]) und auf der chinesischen Insel Hainan [80]). In China besteht auch sonst der Brauch, dass die Witwe ihrem verstorbenen Mann durch Selbstmord in den Tod folgt [81]). Auch in Japan [82]) und bei den arktischen Völkern wurden einst die Witwen verbrannt. Bei dem letzteren Volke verblieb noch das symbolische Ueberbleibsel, dass die Witwe dreimal um das Grab herumgeführt wird.

In Amerika war das Witwenverbrennen auch sehr gebräuchlich. In Uvaba und Cartagena wurden mit dem Häuptling einige seiner Frauen mit begraben [83]). Im alten Peru nahm man es der Frau sehr übel, wenn sie ihrem Mann nicht in den Tod folgte [84]) [85]). Bei vielen Californiern und bei den Cree- [86]) und Tschibtscha- [87]) Indianern wurden die Witwen dem Feuertode preisgegeben. Auch die Tacullie- [88]) und Quacolt-Indianer schliessen sich der Reihe an, bei Letzteren jedoch wurden neuestens die Frauen nicht wirklich verbrannt, sondern man legte sie nur auf den Scheiterhaufen, und wenn der Holzstoss schon recht stark rauchte, wurde sie halbtod wieder heruntergehoben [89]); ganz ähnlich gingen die Carrier-Indianer vor [90]).

In Afrika sind es besonders die Völker des Congogebiets,

---

[79]) Werner, Das Kaiserreich Ostindien. Jena 1884. S. 309.

[80]) Katscher, Bilder aus dem chinesischen Leben. Leipzig 1881.

[81]) Ruhstrat, Aus dem Lande der Mitte. Berlin 1899. S. 109. [Ein Gesetz aus dem Jahre 1729 musste diesen Selbstmord missbilligen, vgl. Rechtsvergleichende Studien S. 190. Kohler.]

[82]) Ratzel, Völkerk. Bd. II S. 729.

[83]) Waitz, Anthrop. Bd. III S. 387.

[84]) Waitz, Anthrop. Bd. IV S. 417.

[85]) Tylor, Einleitung in das Studium der Anthrop. S. 417.

[86]) Westermark, Geschichte der menschl. Ehe. Jena 1893. S. 122.

[87]) Friedrich, Familienstufen und Eheformen (Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. XII S. 108).

[88]) Tylor, Anfänge der Cultur Bd. I S. 454.

[89]) Ploss, Das Weib in der Natur- und Völkerkunde S. 517.

[90]) Waitz a. a. O. Bd. III S. 200.

die Spuren dieser Sitte zeigen; es wurden Witwen verbrannt auf den Sklavenküsten[91]), und im Sultanat von Dahomey[92]). Als Ra Mbithi, der Stolz Somosomos, starb, wurden, wie Tylor erzählt, siebzehn seiner Frauen umgebracht; und nach dem Blutbade von Namena in 1839 wurden 80 Frauen erdrosselt, um ihren ermordeten Männern in das ewige Leben zu folgen[93]).

In Australien werden die Eingeborenen der Insel Viti des Verbrennens der Witwen bezichtigt[94]), es wurden hier aus Anlass des Todes eines vornehmen Mannes alle seine Frauen erdrosselt. Auch in Melanesien wurden die Frauen am Grabe des Gatten getödtet[95]). Auf den Fidschi-Inseln werden mehrere Frauen bei dem Tode des Mannes erschlagen, die Vornehmsten unter ihnen zuerst[96]). Auf den Neu-Hebriden werden die Frauen schon getödtet, wenn der Mann lange ausbleibt und für todt angesehen wird[97]).

In Europa endlich war das Verbrennen der Witwe auch lange Zeit zu Hause. Am längsten im Norden, in der Polargegend[98]). Wir finden Spuren davon bei den Griechen[99]) und bei den Germanen[100]). Als Ergänzung will ich das charakteristische und lichtvolle Beispiel derjenigen Völker anführen, wo die Frauen die Regierenden sind, und wo dann der Mann, im Leben der Diener der Frau, ihr auch in den Tod folgen muss, so z. B. bei den Masarwa (s. Post, Familienrecht S. 244).

---

[91]) Spencer, Pr. d. Soc. Bd. I S. 231.

[92]) Spencer, Pr. d. Soc. Bd. I S. 232.

[93]) Tylor, Anfänge d. Cultur Bd. I S. 453. [So verschiedene Ostafrikastämme, vgl. Kohler, Zeitschr. XV S. 10 f. Kohler.]

[94]) Tylor, Anfänge der Cultur Bd. I S. 516.

[95]) Waitz, Anthrop. Bd. IV S. 640.

[96]) Tylor a. a. O. S. 453. Waitz-Gerland Bd. VI S. 640.

[97]) Westermarck, Geschichte der menschl. Ehe S. 123.

[98]) Ratzel, Völkerk. Bd. I S. 635.

[99]) Hellwald, Culturgesch. Bd. I S. 374.

[100]) Grimm, Deutsche Rechtsalterthümer S. 455.

Im Laufe der Zeit hat sich der Gedanke von der Richtigkeit der Witwenverbrennung so tief in die Auffassung der primitiven Völker eingenistet, dass die Witwen nicht allein gerne und ohne Widerspruch mit ihren Männern sterben, sondern das geradezu als ihr Recht beanspruchen. Als Beispiel führe ich Dahomey an, wo die Frauen der Könige sich beim Tode ihres Mannes gegenseitig zu erschlagen pflegen, so dass bei einer Gelegenheit 285 Frauen so umkamen, bevor der neue König sie daran hindern konnte[101]). — Garcilasso behauptet, dass beim Tode eines Inka alle seine Frauen sich selbst das Leben nahmen[102]). — In Asien werden uns aus China und Indien unzählige Beispiele berichtet, wo die Witwe zur Selbstmörderin wird[103]), entweder durch den Strang oder durch Ertränken, ja sogar durch Verhungern[104]). Erskine theilt mit, dass ein Missionär auf den Inseln Fidschi eine Witwe dem Tod entriss, worauf sie noch dieselbe Nacht durchging und sich erhängte[105]). In New-Seeland[106]), sowie in Neu-Guinea bei den Kai-Stämmen[107]) gehen die Witwen auch freudig in den Tod.

§ 2.

Im Laufe der Zeit schwindet der Suttiismus[108]). Hierzu mögen mancherlei Ursachen beigetragen haben. Durch Verbreitung der Sitte, wonach Kinder weiblichen Geschlechts ge-

---

[101]) Spencer a. a. O. Bd. I S. 232.

[102]) Daselbst.

[103]) Ruhstrat, Aus dem Lande der Mitte S. 109. [Kohler, Rechtsvergleichende Studien S. 190. Kohler.]

[104]) Tylor a. a. O. Bd. I S. 457.

[105]) Waitz-Gerland a. a. O. Bd. VI S. 640. Tylor Bd. I S. 453.

[106]) Ploss, Das Weib in der Natur- und Völkerkunde Bd. II S. 516. Waitz-Gerland Bd. VI S. 130.

[107]) Krieger, Neu-Guinea S. 174.

[108]) Sati = gute Frau; englisch buchstabirt suttee, daher Suttiismus. Siehe Tylor, Anfänge der Cultur Bd. I S. 458.

tödtet werden[109]) und durch das Schwierigerwerden des Frauenraubs mag eine Noth an Frauen eingetreten sein, welche mit Leichtigkeit zur Polyandrie führen konnte, diese schliesst aber das Verbrennen der Witwe gänzlich aus (weil sie doch nicht jedesmal verbrannt werden kann, so oft einer ihrer Männer stirbt). Eine solche Weiberknappheit ist auch wahrscheinlich der Grund jener eigenartigen Institution auf den Neu-Hebriden, dass eine Witwe mit zwei Witwern leben muss, wodurch vermieden wird, dass die Beiden zwei Frauen heirathen[110]). Anderswo mag wieder ein äusserer Eingriff, also keine natürliche Entwickelung, dazu geführt haben, dass der Suttiismus nicht länger ausgeübt werde, so der der Engländer in Indien. Zumeist waren es aber Veränderungen der Religion, ein Nachlassen des Geisterglaubens, der Geisterfurcht, und die Missionen, die zur Ausrottung dieser Sitte gewaltig beigetragen haben.

Wenn auch das Todesopfer ganz verschwand, so war dies noch keineswegs der Fall mit jeglicher Furcht vor den Geistern; vielmehr erscheinen an seiner Stelle die schon oben berührten minder grausamen Opfer des Versöhnungscultes.

Diese Aussöhnung des Geistes bestand ursprünglich darin, dass die Witwe gar nicht mehr heirathete, sondern bis zu ihrem Tode Witwe blieb. Ich halte das für ein Stadium der Entwickelung. — Wo der Suttiismus durch äussere Gewalt eingestellt wurde, ist es selbstverständlich, dass das Verbot einer zweiten Heirath an seine Stelle trat, da ja dieses gewissermassen identisch ist mit der früheren Auffassung, und zu einem gleichen Resultat führt, dass nämlich die Frau nicht in die Gewalt eines anderen Mannes kommen und so das Eigenthumsrecht des ersten Mannes, worin ja auch das Verbrennen der Witwe seine Berechtigung fand, durch das Verbot der zweiten Heirath unangetastet blieb. Das beste Beispiel

[109]) Ratzel, Völkerk. Bd. I u. II; Waitz a. a. O. Bd. I—VI u. a. m.
[110]) Ratzel, Völkerk. Bd. I S. 255.

dieser Entwickelung ist Indien, wo der Witwe die zweite Heirath zwar schon längst untersagt war[111]), jedoch durch die Fälschung der Veden[112]) das Verbrennen der Witwe zum Gesetz wurde[113]). Wie später der allgemein gewordene Suttiismus auf Einwirken der Engländer aufhörte, wurde den Frauen die zweite Heirath untersagt[114]). Aber auch wo das Verbrennen der Witwe nicht durch eine äussere Macht bekämpft und besiegt wurde, sondern durch andere Ursachen unterging, wie z. B. in China, war auch Anfangs die zweite Heirath ganz verboten, und wurden diejenigen, die sich gegen dieses Verbot vergingen mit 80 Bambushieben bestraft[115]).

Das ewige Trauerjahr, wie man etwas paradox das Verbot der nochmaligen Heirath nennen könnte, ist meiner Ansicht nach die Zwischenstufe zwischen Suttiismus und dem eigentlichen Trauerjahr. Ich führe als Beweis zuvörderst China an, wo sich thatsächlich aus dem Verbrennen der Witwe durch das Verbot der zweiten Heirath das Trauerjahr von festbestimmter Dauer entwickelte.

Diese Haupttypen der Entwickelungsreihe lösen sich aber nicht ohne Uebergänge ab. Bevor noch aus dem ewigen Verbot eine fixe Witwenzeit wird, wird erst diese rechtlich

---

[111]) Manu Bd. V S. 160, 166; bei Kohler, Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. III S. 376.

[112]) Die Fälschung wurde von Max Müller klar nachgewiesen.

[113]) Tylor a. a. O. Bd. I S. 458.

[114]) Schlagintweit bei Ploss, Das Weib in der Natur- und Völkerkunde Bd. I S. 518. Da die Mädchen in Indien so überaus früh heirathen und die Wittwe kein zweitesmal heirathen durfte, wuchs die Zahl der Witwen übermässig. Nach den Daten der Volkszählung vom 17. Februar 1881 waren in Brittisch Indien 99½ Millionen Frauen, davon 21 Millionen Witwen. In Calcutta allein waren von 98,627 Frauen 42,824 Witwen; von diesen haben 77 das 10. Jahr noch nicht erreicht, 346 sind mit 10—14 Jahren Witwen geworden, während 1100 kaum nachdem sie die körperliche Reife erlangten, mit 15—19 Jahren. Siehe auch Kohler, Gewohnheitsrechte der indischen Nordwestprovinzen, Zeitschr. Bd. XI S. 169.

[115]) Westermarck, Gesch. d. menschlichen Ehe S. 124.

statuirt, während die Sitte noch weiter an der ewigen Trauer festhält, es wird als unmoralisch angesehen, wenn eine Frau zum zweiten Mal heirathet, aber verboten ist es nicht; es ist ersichtlich, dass diese Erscheinung auf ein bestandenes Rechtsverbot der zweiten Heirath zurückzuführen ist. — Noch näher steht dem Verbote die Form, wo der Witwe die zweite Heirath an sich zwar gestattet ist, d. h. die Ehe bleibt gültig, sie führt jedoch Rechtsverlust oder Strafen in ihrem Gefolge. Auf Luang, Eatar und Sermata übergehen die Forderungen der Witwe auf den ältesten Sohn, falls sie zum zweiten Mal heirathet [116]). Auf der Insel Keisar verliert sie ihren Erbanspruch [117]). Dies beweisen ja auch die 80 Bambushiebe der Chinesen [118]).

China bietet ein glänzendes Beispiel der ganzen Entwickelung; hier wurde die Verbrennung der Wittwe geübt, später der Witwe die zweite Heirath verboten, während jetzt die zweite Heirath gesetzlich gestattet ist, die Witwe aber, die ein zweites Mal heirathet, social verachtet wird [119]). In einem Falle ist die zweite Heirath sogar gesetzlich verboten, d. i. wenn die Frau noch zu Lebzeiten ihres Mannes einen Rang erhielt, so ist eine eventuelle zweite Heirath ungültig und selbst mit Strafe belegt [120]). Trotzdem ist auch schon die sociale Anerkennung der zweiten Heirath in ihren Anfängen zu erkennen [121]). Diese Stufe der Entwickelung hat Indien noch nicht erreicht.

Dieselbe Entwickelung springt uns auch in Korea in die Augen, wo — wie schon bemerkt — einst Suttiismus bestand, später, als dieser Brauch aufhörte, fiel die Witwe in Infamie,

---

[116]) Ploss, Das Weib in der Natur- und Völkerkunde Bd. II S. 522.

[117]) Riedl bei Ploss Bd. I S. 523.

[118]) Westermarck, Geschichte der Ehe S. 124.

[119]) Kohler, Aus dem Chines. Civilrecht, Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. VI S. 370.

[120]) Gans, Erbrecht Bd. I S. 106; Ta-Tsing-Leu-Li s. 105 p. 112.

[121]) Gans a. a. O. Bd. I S. 102; Ta-Tsing-Leu-Li s. 105 p. 113.

falls sie wieder heirathete, woraus folgt, dass die zweite Heirath einmal gesetzlich auch untersagt gewesen sein muss [122]. Noch später wurde bloss die zweite Heirath sehr missbilligt [123], und in unseren Tagen beginnt auf Korea eine liberalere Auffassung um sich zu greifen [124].

Weitere Belege: in Siam, wo der Buddhismus herrscht, ist es Sitte, dass Witwen und Witwer in die Gesellschaft der Boncen eintreten, die keine Heirathen schliessen [125], was nicht mehr dem Verbot, sondern der Missbilligung der zweiten Heirath im Wesen gleichkommt. Auch bei den Osseten war es der Witwe verboten, ein zweites Mal eine Heirath einzugehen [126]; dasselbe wird bei den Tartaren constatirt [127]. — In Peru hielt man unter den Inka die Frau, die ihrem Manne nicht in den Tod folgte, für ehrlos, jedenfalls aber durfte sie eine zweite Heirath nicht mehr eingehen [128]. Anfangs war bei den Irokesen die zweite Heirath verpönt, später wurde sie auch hier zugelassen [129]. — Auf der Insel Marquesas und in Samoa war es verboten, eine zweite Ehe einzugehen [130]. In Polynesien auf der Insel Rotuma durfte die Witwe sich auch keinem zweiten Manne hingeben [131].

Bei Völkern, wo Weiberknappheit den Suttiismus unmöglich machte, konnte selbstredend das ewige Trauerjahr zu keinem befriedigenden Resultat führen, und so mussten diese

---

[122]) Kohler, Recht der Koreaner, Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. VI S. 401.

[123]) Ploss a. a. O. Bd. II S. 518.

[124]) Ratzel, Völkerk. Bd. II S. 729.

[125]) Ratzel, Völkerk. Bd. II S. 628.

[126]) Tylor, Anfänge der Cultur Bd. I S. 457.

[127]) Westermarck, Geschichte der menschlichen Ehe S. 124.

[128]) Waitz, Anthrop. Bd. IV S. 417.

[129]) Waitz, Anthrop. Bd. III S. 110.

[130]) Waitz-Gerland, Anthrop. Bd. VI S. 130.

[131]) Waitz-Gerland, Anthrop. Bd. V, Heft 2 S. 191. [Bei den Wadschaggas in Ostafrika darf eine Witwe, die einen Sohn hat, nicht wieder heirathen. Kohler, Zeitschr. XV S. 6. Kohler.]

mit Ueberspringung der Zwischenstufe auf das Gestattetsein der zweiten Ehe übergehen. Auch kann die Schwierigkeit der Erhaltung und Erziehung hierzu geführt haben, da, wenn die zweite Ehe untersagt ist, die Witwe die ganze Last zu tragen hätte; ja selbst die kinderlose Witwe wäre ohne Unterhalt, wenn sie nicht wieder heirathen dürfte[132]). Dergleichen können andere Ursachen dazu geführt haben, dass die zweite Ehe erlaubt wurde, so z. B. neue Religionsideen, oder auch die verbreitete Unsittlichkeit der Witwen.

Es erscheint also als bewiesen, dass dieser Entwickelungsprocess höchst allgemein ist, dass also nach Aufhören der Witwenverbrennung, und des Verbotes der zweiten Ehe, der Witwe die nochmalige Heirath gestattet wird.

Nun aber tritt die Frage in den Vordergrund, ob die Witwe sofort nach dem Tode ihres Mannes oder erst später wieder heirathen dürfe?

Wo die Witwenverbrennung oder schon das Verbot der zweiten Ehe herrscht, und wo dann durch Einwirken verschiedener Umstände diese fallen gelassen wurden, um sie durch Gesetzmässigkeit der zweiten Ehe zu ersetzen, da wird es nicht einfach beschlossen, dass von nun an die Witwe gleich nach dem Tode des Mannes sich verehelichen dürfe, denn dies wäre ein grosser Sprung, sondern es wird das Trauerjahr stufenmässig verkürzt. Wenn diejenigen Völker, welche eine zweite Heirath für widersittlich hielten, durch mannig-

---

[132]) Dort wo trotzdem ein vollständiges oder zeitliches Verbot der zweiten Ehe existirt, finden wir mannigfache Anordnungen über die Erhaltung der Witwen. Bei den Katacoba-Indianern arbeiten junge Leute für die arbeitsunfähigen Witwen (s. Ratzel I 560). Im alten Peru wurden die Witwen auf Staatskosten verpflegt (Waitz IV, 417). Die Karaya-Indianer sorgen sogar für ihre sexuellen Bedürfnisse (da sie sie nicht prostituiren wollen), indem sie auf Staatskosten Männer zu diesem Zwecke bediensten (Ratzel I, 557). Anders sorgen diejenigen Völker für die Witwen, die wie die Perser und Japaner sie zu Hebammen machen, oder wie die Neger im Innern Afrikas, wo die „Usagah"(Dirnen) zumeist kinderlose Witwen sind (Ploss II, 522 und Ratzel II 314).

fache Ursachen zu der Erkenntniss kommen, dass ein Verbot der zweiten Ehe nicht zweckmässig und der menschlichen Natur zuwider sei, da werden sie zwar ihre Strenge mässigen, jedoch nicht plötzlich, da sie diese Sitte als eine festgewurzelte religiöse Auffassung, welche auch von materiellen Ursachen bestärkt wird[133]), nicht ohne Uebergang verlassen können, sondern sie machen ruckweise Concessionen, sie lassen mehr und mehr nach von ihren strikten Auffassungen, so dass die Grenze des Trauerjahres tiefer und tiefer sinkt. — Auf dem ganzen Gebiete des Rechtslebens können wir dieselbe Erscheinung beobachten, dass eine neue Wahrheit nur äusserst schwer zur Anerkennung gelangt und Gemeingut wird, wenn sie mit einer vorherigen allgemeinen Ansicht im Widerspruche steht, insbesondere wenn diese Ansicht sich schon zur Institution condensirt hat und einen ethisch-religiösen Hintergrund besitzt, wie diese. Wir brauchen nur an die Kämpfe für jetzt ganz anerkannte Wahrheiten zu denken, wie z. B. die Gleichheit, die Religionsfreiheit, die Pressfreiheit und andere, oder an die Schwierigkeiten neuer naturwissenschaftlicher Wahrheiten, die doch bewiesen werden können. In der That scheint das Festhalten am Hergebrachten nicht weniger eine immanente Eigenschaft der socialen Seele zu sein, als das Trachten nach Abwechselung eine solche der individuellen Seele ist.

Die Richtung der Evolution der Dauer des Trauerjahres scheint eine Verringerung zu sein. Darauf basire ich meine Ansicht, wonach die langen Trauerjahre, welche noch in allen Theilen der Erde zu finden sind, jedoch ständig abnehmen, nichts sind als Zwischenstufen der Entwickelung; sie haben sich soweit vermindert, aber nicht um hier stehen zu bleiben,

---

[133]) Siehe oben z. B. das Säugen, welches oft mehrere Jahre dauert, während welcher Zeit vielfach der Verkehr mit den Männern im Interesse des Säuglings untersagt ist; so z. B. bei vielen Stämmen der Neger (Waitz II, 121). (Siehe noch Ratzel I, 557; II, 20, 731, 693 und Waitz II, 121; IV, 134 u. s. w.)

sondern um noch weiter abzunehmen. Wir sehen ja oft, dass bei demselben Volke in einer kurzen Spanne Zeit ein langes Trauerjahr durch ein kurzes abgelöst wurde; und die meisten Data sprechen von Trauerjahren in der Dauer von 4—7 oder 3—5 Jahren, was ein Beweis dessen ist, dass hier die Grenzen noch im Flusse sind, dass die Dauer des Trauerjahres noch nicht krystallisirt ist.

Solch längere Trauerjahre finden sich in Amerika, wo, laut Schoolcraft, die Witwe bei den Cree Indianern 4 Jahre zu trauern hat; bei den Tschikasaw darf die Witwe 3 Jahre lang nicht wieder heirathen[134]. Bei den Omaha-Indianern war Anfangs eine Trauerzeit von 4—7 Jahren, heute ist dies nicht mehr der Fall[135]. Im Oregongebiet betrauert die Witwe des Tolkotin-Indianers 3 Jahre lang ihren Mann und darf inzwischen nicht heirathen[136]. Im Südosten Amerikas war, wie Adair bemerkt, einst ein Trauerjahr in der Dauer von 3—4 Jahren, auch hier aber hat dies bereits aufgehört[137]. Bei den Tacullie-Indianern ist das Trauerjahr 3 Jahre lang, ebenso bei den Quacolt-Indianern[138]. In Afrika war bei dem Volke Kunáma ein Trauerjahr von 3 Jahren die Sitte[139], wo hingegen bei den Saraë der Witwe bloss 2 Jahre lang das Heirathen untersagt war[140]. In Ostafrika bei dem Volke Djandjero bleibt die Frau, die ihren Mann verlor, 2—3 Jahre lang Witwe[141]. Auch bei dem Volke Gurâge fand sich auch ein

---

[134]) Westermarck, Geschichte der menschlichen Ehe S. 125.

[135]) Kohler, Die Rechte der Urvölker Nordamerikas, Zeitschrift XII, 391.

[136]) Ploss, Das Weib in der Natur- und Völkerkunde Bd. II S. 513.

[137]) Waitz, Anthrop. Bd. III S. 110.

[138]) Tylor, Anfänge der Cultur Bd. I S. 454; Waitz Bd. III S. 334; bei Kohler finden wir zwei Jahre: Rechte der Urvölker Nordamerikas, Zeitschr. XII S. 345.

[139]) Munzinger, Ostafrikanische Studien. Schaffhausen 1864. S. 488.

[140]) Munzinger, Ostafrikanische Studien. Schaffhausen 1864. S. 387.

[141]) Cecchi, Fünf Jahre in Ostafrika. Leipzig 1888. S. 321.

Trauerjahr von 2—3 Jahren [142]. — In China muss die Frau 3 Jahre lang Witwe bleiben, und dies wird äusserst streng eingehalten; das Ta-tsing-leu-li setzt auch für die, die sich dagegen vergehen, eine Strafe aus: die zweite Ehe ist nichtig und ausserdem wird die Frau mit einer Prügelstrafe bedacht [143]. Rustrat behauptet, die Trauerzeit betrage 2 Jahre [144]. — Auch die Chin-Witwe muss 3 Jahre trauern [145]. — Auf der Insel Ainu ist es der Witwe gleichfalls 3 Jahre lang verboten zu heirathen [146].

Die Evolution ist also folgendermassen zu denken: mächtige materielle Ursachen drängen die Grenzen des Trauerjahres abwärts, wogegen materielle und immaterielle (ethische) Factoren dieses Trachten hemmen und aufwärts drängen. Die abwärts wirkenden Gründe haben die Intention, die Dauer zu mindern, hingegen sind andere Mächte vorhanden, welche eben dieser Reduction ein Ziel setzen, so dass Kräfte nach zwei verschiedenen Richtungen so lange mit einander kämpfen, bis sie das Gleichgewicht erreichen.

Wir haben eben die abwärts wirkenden Kräfte gezeichnet, so da sind die Weiberknappheit, die Schwierigkeit der Erhaltung der Kinder, die Missionen, äussere Machteingriffe u. s. w.

Von unten nach aufwärts wirkt zunächst der schon behandelte Aussöhnungsgedanke; andere parallel wirkende Factoren wollen wir jetzt darlegen.

So ein Factor ist das Eigenthumsrecht des Mannes über die Frau. Da das Weib Eigenthum des Mannes ist, so wäre es ein Diebstahl und zugleich Ehebruch, wenn Jemand sie heirathen würde. Solange also die Rückkunft des Mannes

---

[142]) Cecchi, Fünf Jahre in Ostafrika. Leipzig 1888. S. 320.

[143]) Gans, Erbrecht Bd. I S. 102. [Kohler, Chinesisches Strafrecht S. 38. Kohler.]

[144]) Ruhstrat, Aus dem Lande der Mitte. Berlin 1899. S. 133.

[145]) Kohler, Recht der Chins, Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. VI S. 189.

[146]) Godrich, Das Familienleben und Religion der Ainu. Ausland 1889 S. 106 ff.

nicht vollkommen ausgeschlossen erscheint, wird weder die Witwe wagen, wieder zu heirathen, noch ein Mann sie zu nehmen, zumal Ehebruch und Diebstahl mit den schwersten Strafsanctionen belegt sind. In Peru und in Mexico war die Untreue Eigenthumsdelict [147]). Die Völker Süd-Amerikas erblickten einen Ehebruch darin, wenn die Witwe während der Trauerzeit mit einem Manne verkehrte [148]). Desgleichen denken die Tschikasaws [149]). Diesem Gedankenkreise gehören auch die Bewohner der Insel Viti [150]) an, obwohl noch aus dem Stadium des Suttiismus, indem sie die Frau für eine Ehebrecherin halten, wenn sie ihrem Manne nicht in den Tod folgt [151]). Das Eigenthumsrecht wirkt also auf das Trauerjahr im erhaltenden Sinne.

Solche und ähnliche Gründe bestimmten die Dauer des Trauerjahres der Witwe, — verschieden nach den verschiedenen Sitten und Auffassungen der Völker. Die nackte Furcht vor dem Geiste oder der Gedanke des Aussöhnens bilden aber die Grundlage sowohl des Suttiismus, wie dieser gemässigten Formen.

§ 3.

Die Entwickelung des Trauerjahres wird im weiteren Verlauf durch den Gedanken der Unreinlichkeit des Todten beeinflusst, welcher Gedanke auch wieder von unten nach oben auf die Dauer der Witwentrauer wirkt.

Die Erkenntniss der Unreinlichkeit durchlauft aber selbst zwei Stufen. — Auf der ersten Stufe wird die wirkliche Unreinlichkeit nicht erkannt, sondern es werden die inficirenden oder contagiösen Folgen der Berührung mit der Leiche geradewegs dem bösen Willen des Geistes zugeschrieben. Auf

[147]) Ploss, Das Weib in der Natur- und Völkerkunde Bd. II S. 513.
[148]) Ratzel, Völkerk. Bd. I S. 623.
[149]) Waitz, Anthrop. Bd. III S. 110.
[150]) Westermarck, Geschichte der Ehe S. 125.
[151]) Westermarck, a. a. O. S. 123.

der zweiten Stufe wird schon erkannt, dass der Leichnam selbst unrein ist.

Völker, die noch nicht wissen, dass die Leiche an und für sich eine Gefahr in sich birgt, und die die bösen Folgen der Berührungen von den Geistern ableiten, nennen die Todten „tabu“, „pali“, „fadi“. Diese Worte pflegen mit „unrein“ übersetzt zu werden, was mit meiner oben geäusserten Ansicht anscheinend nicht im Einklange ist. Diese Worte bedeuten aber da nicht etwas Unreines im materiellen Sinne sondern etwas, was man aus irgend einem Grunde nicht berühren darf, was unter dem Schutze der Religion steht, wie ja auch das kirchliche Eigenthum „tabu“ genannt wird. Als Beispiel führe ich die Dayaken auf Borneo an. Bei den Dayaken ist die Witwe so lange „pali“, bis sie für ihren Mann den Todtenschmaus gehalten [152]). Diese Thatsache spricht für meine Auffassung, dass dieses Volk die „Unreinlichkeit“ nicht in ihrer wahren, natürlichen Form erkennt, sondern mit der Aussöhnung des Todten in Zusammenhang bringt, denn würden sie an wirkliche, natürliche Unreinlichkeit denken, so könnten sie unmöglich ihre Zeitdauer an solch eine indifferente Handlung anknüpfen, da ja die Witwe den Todtenschmaus ebenso am nächsten Tage wie nach einem Jahre halten darf. Auch im südöstlichen Persien ist durch einen Todtenschmaus von 3 Tagen der Aussöhnung des Todten Genüge gethan [153]).

Diese Stufe des Unreinlichkeitsglaubens bedeutet also immer noch die Furcht, im besten Falle die Ehrfurcht vor dem Todten und seinem Eigenthum.

An einem eclatanten Beispiel sehen wir die zweite Stufe dieses Gedankens, die materielle Erkenntniss der Unreinlichkeit in der Verwesung auf Madagaskar, wo der Friedhof für

---

[152]) Breitenstein, 21 Jahre in Indien. Leipzig 1899. I. Borneo. S. 110.

[153]) Petermann's Mittheilungen 1892 S. 85.

unrein gilt[154]). Die Betschuanen ritzen den Todtenträgern die Finger auf und schmieren die Wunde mit einem Heilmittel ein, d. h. sie desinficiren, ebenso gehen sie mit den nächsten Verwandten des Verstorbenen um, welche ihn umgaben, nur dass diese am ganzen Körper eingeschmiert werden; der ganze Kral badet, um sich zu reinigen[155]). — Auf der Goldküste in Benguela glaubt man, dass die Berührung eines Todten unrein macht[156]); eine ähnliche Auffassung bekunden die Gesetze Moses[157]). Im alten Asien hielten die Araber die Witwe für unrein wie die Schwangere, und sie musste in Zurückgezogenheit leben[158]). Wenn in einem Malayendorf ein Todesfall sich ereignet, wird mittelst eines Schusses oder einer Trommel das Zeichen gegeben, und von dieser Minute an ist das Dorf unrein[159]).

Bei den Ojibwah- und Omaha-Indianern, wie auch bei den Potowatomi-Indianern[160]) muss die verwitwete Frau ein Jahr lang vollständig isolirt leben, obzwar sie durch die dort übliche Leviratheirath sofort nach dem Tode ihres Mannes in die Gewalt ihres Schwagers gelangt, seine Frau wird, so dass für die Isolirung kein anderer annehmbarer Grund erscheint, als dass sie während dieser Zeit als unrein gilt(?). Die Witwen bei den Völker, die um die Bucht Kaimani in Neu-Guinea wohnen, sind ein Jahr lang „tabu", während dieser Zeit dürfen sie nicht berührt werden[161]). In Neu-Seeland ist sowohl die Witwe wie auch der Witwer so lange „tabu", bis der Leich-

---

[154]) Ratzel, Völkerk. Bd. I S. 443.

[155]) Ratzel, Völkerk. Bd. II S. 58.

[156]) Waitz, Anthrop. Bd. II S. 198.

[157]) Moses, Pentateuch Bd. IV, 19, 11.

[158]) Kohler, Neue Beiträge zum Islamrecht, Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. XII S. 94.

[159]) Ratzel a. a. O. B. I S. 445.

[160]) Waitz a. a. O. Bd. II S. 110.

[161]) Waitz-Gerland, Anthrop. Bd. VI S. 634.

nam begraben wurde [162]). Bei den heutigen Croaten und Serben ist es der Witwe während ihrer Trauer verboten, Gesellschaften, Spinnstuben, ja selbst Märkte zu besuchen [163]). Auch bei den Völkern, die ihre Wohnstätten verliessen, wenn einer von ihnen dort starb, mag neben der Furcht vor dem Geiste auch der Gedanke der Unreinheit des Ortes mitgewirkt haben. Moses befiehlt, dass das Zelt, worin Jemand gestorben, 7 Tage lang unrein sei, wie auch das Küchengeräth, welches darin war [164]).

Dieser Unreinlichkeitsgedanke beeinflusst das Trauerjahr der Witwe in der Richtung, dass sie keinesfalls heirathen kann, solange sie noch „unrein" ist. Wie lange, das lässt sich nicht mit Genauigkeit bestimmen, da ja die Völker verschiedene Auffassungen darüber hatten, und wenn auch ihre Auffassungen diesbezüglich übereinstimmten, es waren ja schon die verschiedenen Zeiträume des Trauerjahres als Aussöhnungsceremonie im Vorhinein gegeben, so dass die gleiche Beeinflussung dieser Termine auch zu verschiedenen Ergebnissen führen musste. Wir dürfen die Dauer der Witwentrauer nicht als etwas Fixes oder auch nur allmählich Wechselndes ansehen; noch heutigen Tages erleidet sie stete Aenderungen bei den Primitiven, auch ist oft kein Zeitpunkt, sondern ein Zeitraum als Trauerzeit angegeben (so z. B. 3—4 Jahre). Bei polyandrischer Eheform z. B. — wo, wie ich bemerken möchte, das Trauerjahr wegen der Unreinlichkeit das einzig mögliche ist — wird die Witwe nur sehr kurze Zeit von den noch lebenden Gatten unberührt bleiben.

Wir haben also bisher als Urgrund des Trauerjahres die Aussöhnung des Geistes gesehen, aber stark beeinflusst ge-

---

[162]) Waitz-Gerland, Anthrop. B. VI S. 130.

[163]) Krauss, Sitte und Brauch der Südslaven. Wien 1885 (Ploss). S. 513.

[164]) Pentateuch IV, 19, 14 u. 15. [Ueber Unreinheit des Todten und ihrer Umgebung in Indien vgl. Kohler, im Ausland 1891 S. 685 f. Kohler.]

funden durch die Entwickelung des Gedankens an die Unreinlichkeit der Leiche.

In dieses Capitel gehört die Thatsache, dass die Frau mannigfach als unrein gilt während ihrer Schwangerschaft, wie auch während der Menstruation; so dass bei den Negern der Mann einfach nicht mit der Frau geschlechtlich verkehren darf, wenn sie schwanger ist; dasselbe ist bei den Mandigos, in Dahomey, in Gross Bassam, in Benin der Fall[165]). Weiters beweist dies die Sitte, welche so verbreitet ist, dass die Schwangere von Anderen isolirt wohnt und mit Niemandem verkehren darf. Wenn dem so ist, so muss noch vielmehr die schwangere Witwe für unrein gehalten werden, die doppelt unrein ist: als dem Todten nahestehend und weil sie schwanger ist, also in sich selbst. Auf der Insel Nias nimmt der älteste Sohn nach dem Tode des Vaters alle seine Stiefmütter zu Frauen, ausgenommen diejenigen, die schwanger sind, während der Dauer der Schwangerschaft[166]). Letzteres zeigt, dass die Unreinlichkeit der Schwangeren mehr wiegt, als die, die vom Todten hergeleitet wird, da ja der Sohn alle anderen Frauen heirathet, die schwangere aber nicht.

Dazu kommt — was ich annehmen zu dürfen glaube —, dass bei der Witwe die Schwangerschaft präsumirt wird. Wenn dies wirklich der Fall ist, was ich nicht apodiktisch zu beweisen vermag, so würde sie schon deshalb einige Zeit nicht heirathen dürfen, weil ja die Schwangere unrein ist und man wenigstens abwarten muss, bis es erwiesen ist, dass sie keine ist. Der Beweis ist hier äusserst schwierig, weil die Forschungsreisenden auf solch eine Präsumption im Volksglauben kaum kommen können; wenn sie auch die Erscheinung sehen, dass die Witwe die sichere Beurtheilbarkeit ihres Zustandes abwarten muss, so verzeichnen sie es, ohne weiter den Grund zu erforschen. Der Grund aber kann ebenso der Aussöhnungsgedanke, wie

---

[165]) Waitz a. a. O. Bd. II S. 121.

[166]) Modigliani, Un viaggio a Nias. Milano 1890.

die Präsumption der Unreinlichkeit sein, ja noch mehr: sie beide können zugleich die Ursache der Wartezeit bilden, im Falle, dass beide Termine zusammenfallen; zwei negative Handlungen schliessen sich ja in der Zeit nicht aus.

Diese Hypothese würde am allerbesten die Thatsache der Trauerjahre von der Dauer von 3—4—6 Monaten erklären, ich möchte sogar behaupten, dass diese Thatsache eben der beste Beweis jener Hypothese ist. Jedenfalls aber ist der Grund der Witwentrauer im Zweifel an der Schwangerschaft zu suchen bei solchen Völkern, wo (wie auf der Insel Nias) die positiv Nichtschwangeren sofort nach dem Tode geheirathet werden dürfen, und nur die Schwangeren nicht, wo es also besonders wichtig ist, durch den Ablauf einer gewissen Zeit, feststellen zu können, ob eine Witwe schwanger sei oder nicht.

§ 4.

I.

Es ist ersichtlich, dass auf einer gewissen höheren Stufe der Entwickelung der Gedanke der Unreinlichkeit sehr mächtig auf das Bestehen des Trauerjahres und auf seine Dauer wirkte, und zwar als ein Factor von unten nach oben, als ein Factor, der sich der Restringirung der Trauerzeit widersetzt, ihr positive Grenzen setzt. Auf noch höherer Culturstufe beginnt in demselben Sinne eine noch mächtigere Kraft zu wirken, welche berufen ist die Krystallisirung des Trauerjahres herbeizuführen, diese Kraft ist die Erkenntniss der Wichtigkeit der Familienzugehörigkeit.

Es ist eine Thatsache, dass die Erkenntniss der Wichtigkeit des Zusammenwirkens der Familie einem höheren Entwickelungsstadium entspricht. Aus der Kenntniss des Werthes dieser Cooperation entspringt sodann die wichtige Rolle der Familienzugehörigkeit.

Wo die Institution der Familie so weit entwickelt ist, dass

sie einen geschlossenen Kreis bildet, dass es schon eine anerkannte Macht giebt, welche innerhalb der Familie zumeist despotisch regiert, welche Macht sich im Familienoberhaupt verkörpert, da er der Verwalter des Familienvermögens ist und über Leib und Leben der Familienglieder verfügt, auf dieser Stufe der Entwickelung — und diese ist heute bei den primitiven Völkern allgemein — besitzt die Zugehörigkeit des Kindes sowohl wirthschaftliches als familienrechtliches Interesse. Wirthschaftliches Interesse, da die Arbeitskraft des Kindes dem pater familias untersteht, die Arbeit der unter patria potestas befindlichen der Familie zugute kommt; dieses Verhältniss ist bei den primitiven Völkern vielleicht ausnahmslos. Ist der Nachgeborene ein Knabe, so wird die Familie des verstorbenen Gatten das Kind von der wieder heirathenden Witwe schon aus wirthschaftlichen Gründen verlangen, denn der Knabe besitzt Werth, seine Arbeit ist Werth, er kann auch verkauft werden. Ist aber das posthume Kind ein Mädchen, so besitzt sie für die Familie den Werth, welchen der gebräuchliche — nicht selten bedeutende — Kaufpreis bei der Heirath besitzt. Die familienrechtlichen Gesichtspunkte folgen aus den wirthschaftlichen. Der Gedanke, dass das Kind Werth besitzt, ein Gut ist, wird familienrechtlich dadurch ausgedrückt, dass die Familie des verstorbenen Mannes das nachgeborene Kind als ihr angehörig betrachtet. Hierdurch erlangt das Kind den Status des Vaters, seinen eventuellen Rang u. s. w., hingegen erlangt die Familie die Arbeitskraft oder den Werth des Kindes. Es ist aber der wirthschaftliche Vortheil der Familie, welcher zum rechtlichen Vortheil des Kindes führt. — Die Witwe muss im Fall der zweiten Heirath ihre Kinder aus erster Ehe der Familie des ersten Mannes übergeben bei den Chiriguan-Indianern[167]), bei den Battak auf Sumatra[168]),

---

[167]) Globus 1885, XLVIII, 3.

[168]) Brenner, Frh. v., Besuch bei den Kannibalen Sumatras. Würzburg 1894 S. 250.

bei den Südslaven in Europa[169]), bei den Kaistämmen auf Neu-Guinea[170]) u. a. m.

Nicht nur die Familie des ersten Gatten hat ein Interesse am Status des Kindes, auch der zweite Gatte will wissen, ob das Kind seiner Frau zugleich sein Kind sei. Denn das erstgeborene Kind wird seine Macht und sein Vermögen erben, wird über die anderen Kinder verfügen; wie sollte ihm also gleichgültig sein, ob dieser Erstgeborene sein eigen Fleisch und Blut oder ein Fremdling ist? Noch viel mehr Wichtigkeit aber muss dieser Frage beigelegt werden bei Völkern, wo es Sitte ist, dass das erstgeborene Kind mit der Zeit noch zu Lebzeiten des Vaters seine Macht übernimmt, so dass sogar seine Eltern seiner Gewalt unterstehen. In den Südsee-Inseln ist diese Sitte besonders verbreitet, so dass hier der Erstgeborene im Momente seiner Geburt schon der eigentliche pater familias wird und der Vater die Gewalt statt seiner nur so lange innehat, bis das Kind grossjährig wird[171]).

Das allgemein menschliche Gefühl der Kinderliebe schliesst sich diesen materiellen Momenten an. Diese ist zwar bei der Mutter stärker ausgebildet, es wäre aber falsch zu glauben, dass die väterliche Kindesliebe keine primäre Erscheinung sei. Der Löwe und andere Raubthiere vertheidigen mit verwegener Energie ihre Sprösslinge, zumindest müssen wir solch eine instinctive Liebe anerkennen, selbst bei ganz primitiven Völkern, allenfalls aber bei solchen höher stehenden Menschen, wie wir sie bei dieser Frage vor uns haben. In demselben Indien, von welchem Ihering[172]) behauptet: „Rührende Züge der Kindesliebe . . . suchen wir in der ganzen indischen Literatur

---

[169]) Krauss, Sitte und Brauch der Südslaven. Wien 1885; Ploss II S. 518.

[170]) Krieger, Neu-Guinea S. 175.

[171]) Ratzel, Völkerk. Bd. I S. 252. [Kohler in Grünhut's Z. XIX S. 592. Kohler.]

[172]) Ihering, Vorgeschichte der Indoeuropäer. Leipzig 1894. S. 53—55.

vergebens . . .“, finden wir in der buddhistischen Literatur die Parabel von den Senfkörnern, in welcher eine Mutter aus Schmerz über den Tod ihres Sohnes Buddha's Hülfe anfleht, um das Kind wieder zum Leben zu bringen[173]). In Afrika finden wir sowohl Beispiele für die Grausamkeit des Vaters, als auch für das Verzärteln des Kindes u. s. w.

Wir sehen, dass auf dieser Stufe der Entwickelung im Interesse der beiden Familien der Status des Kindes festgestellt werden muss, und dass das Kind der Familie des ersten Gatten gehört. Heute, wo keine ähnliche Benützung der Kinder bei den Culturvölkern stattfindet, besteht diese rückwirkende Zusammengehörigkeit nurmehr in Bezug auf das Erbrecht und auf den Familiennamen und Titel; es ist nicht mehr der Gedanke des Werthes, auch nicht der Gedanke an die patria potestas, sondern die Anwendung der Idee des Erbrechtes, welches auf Blutsverwandtschaft gegründet ist.

Das Trauerjahr der Witwe fusste also im Grunde auf dem Aussöhnungsgedanken, auf der Furcht vor den Geistern der Todten: nach den so mannigfachen Auffassungen der verschiedenen Völker entstanden daraus die Witwenverbrennung und Trauerjahre von sehr verschiedener Dauer; materielle Momente, wie Weiberknappheit, Nothwendigkeit der Versorgung der Kinder drückten die Grenze des Trauerjahres abwärts; die Idee der Unreinlichkeit der Witwe setzte diesem Bestreben nach abwärts ein Ziel, besonders musste sich das Trauerjahr nach diesem Gesichtspunkte gestalten, nachdem die Strenge der religiösen Ueberzeugung vielfach nachgegeben hat. Endlich erscheint mit der Erkenntniss der Wichtigkeit des Status familias eine Macht, die der Dauer des Trauerjahres eine feste Form verleiht, deren Wirkung dermassen intensiv ist, dass heute nachdem der Geisterglaube geschwächt, der Gedanke der Unreinlichkeit durch nähere Kenntnisse auf das richtige Maass reducirt ist, die Idee der Familienzugehörig-

---

[173]) Rhys Davids, Der Buddhismus. Leipzig, Reclam. S. 141.

keit das Trauerjahr fast überall beherrscht, nur durchtränkt durch einige ethischen Momente, welche als Ueberbleibsel früherer Auffassungen zu betrachten sind. Ich will aber bemerken, dass scharfe Uebergänge hier weder zu suchen noch zu finden sind, da ja, selbst wenn Uebergänge überhaupt im Werden belauscht werden könnten, in diesem Falle äusserlich eventuell nichts die innere Wandlung verrathen würde, wenn die Dauer des Trauerjahres, welches zur Aussöhnung des Geistes geschaffen wurde, zufällig gerade mit der Dauer der Unreinlichkeitsperiode übereinstimmt, diese wieder etwa mit der Zeit, welche durch die Klarlegung des Status bedingt wird.

Wie aber beeinflusst der Familienstand das Trauerjahr?

Die Familienzugehörigkeit des Kindes, welches bei Lebzeiten des Mannes geboren wird, steht fest (nur bei polyandrischen Völkern, wo Vaterrecht herrscht, [also nicht die Weiberlinie!] ist die Zugehörigkeit des Kindes fraglich, hier wird diese Frage durch Fictionen geregelt; diese Völker jedoch gehören nicht in den Rahmen dieser Arbeit, da bei polyandrischen Völkern aus dem Status hervorgehend kein Trauerjahr möglich ist). Hingegen ist bei Kindern, die nach dem Tode des Vaters geboren werden, nur bei Mutterrecht der Familienstand zweifellos; solche Völker aber sind schon jetzt sehr selten, während bei Vaterrecht — was jetzt fast ganz allgemein ist — die Heirath, welche die Wittwe kurz nach dem Tode ihres Mannes einginge, über den Status des Kindes die grösste Unsicherheit herbeiführen würde. Wenn sie z. B. einen Monat nach dem Tode ihres Mannes heirathet und in 8 Monaten gebiert, so kann das ebensowohl eine Frühgeburt aus der zweiten wie eine Spätgeburt aus der ersten Ehe sein.

II.

Die radicale und bei unzulänglichen ärztlichen Kenntnissen einzige Art, aus der Unsicherheit herauszukommen, ist: der Witwe zu verbieten, dass sie eher heirathe, als die Möglichkeit einer posthumen Geburt überhaupt ausgeschlossen

erscheint. Zwar wäre der Familienstand bei solchen Geburten unzweifelhaft, wo bei der Witwe vor der zweiten Ehe widerspruchslos Schwangerschaft constatirt würde, in diesem Falle aber würde die zweite Heirath ohnehin ausgeschlossen sein, da eine Schwangere unrein ist und eine turbatio sanguinis [174]) einträte, und mithin ist es einfacher, das Verbot der Heirath ohne Unterschied auf alle Witwen zu statuiren. Trotzdem genügt es bei manchen Völkern, wenn die Witwe so lange mit der zweiten Ehe wartet, bis es klar wird, ob sie schwanger sei oder nicht. Bei dieser Auffassung des Trauerjahres, wo es also nurmehr eine Rücksicht auf den Stand des posthumen Kindes bedeutet, fällt seine Regelung mit derjenigen der Wartezeit geschiedener Frauen natürlich zusammen.

Im ersten Falle, wo also die Möglichkeit der Geburt eines Kindes aus der ersten Ehe die Dauer des Trauerjahres bestimmt, muss in Betracht kommen, dass von den 6—10 Monaten der Schwangerschaft, die höchste Grenze als Maass genommen werden müsste, die modernen Codificationen haben denn auch die Grenze von 10 Monaten. Die primitiven Völker, welche über keine Statistik, auch nicht über präcise Beobachtungen verfügen, setzen hier noch etwas mehr, und zwar ein Jahr an, wofür auch die Vorliebe für Abrundung spricht. Für dieses Letztere spricht auch, dass im alten Rom Anfangs ein romulisches Jahr [175]) (10 Monate) [176]) die Dauer des Verbots der zweiten Ehe für Witwen war, später aber unter den Kaisern 12 Monate [177]). Auch das preussische Landrecht hatte ein Jahr [178]).

---

[174]) Savigny, System Bd. II S. 181 und 532. [Ueber die Entwickelung bei den Römern vgl. Kohler in Grünhut's Z. XIX S. 588 f. Kohler.]

[175]) Seneca, Epist. 63: „annum (Romuleum) feminas ad lugendum constituere majores, viris nullum legitimum tempus est, quia nullum honestum."

[176]) Vat. fragm. § 321: „quem annum decem mensuum esse, Pomponius ait".

[177]) L. 1 u. 2 C. de sec. nupt. Nov. 22 c. 22.

[178]) Allg. L.R. II § 1, 436. Anhang § 77.

Aus dem Gedankengange aber, welcher diesen Bestimmungen zu Grunde liegt, würde mit Nothwendigkeit folgen, dass die Witwe auch vor einem Jahre oder vor zehn Monaten wieder heirathen dürfte, falls sie inzwischen geboren hätte. Die modernen Codificationen thun auch diesen Schritt, so das österreichische allgemeine bürgerliche Gesetzbuch (§ 120), das neue deutsche bürgerliche Gesetzbuch (§ 1313), das ungarische Ehegesetz (G. A. XXXI 1894 § 21). Bei den primitiven Völkern aber mag der Stand dieser Frage ein anderer sein. Bei ihnen erscheinen Rechtsinstitutionen in der Form von Befehlen der Religion, welche nicht distinguiren und keine Begründung enthalten. Alle primitiven Gesetze sind strikt und inflexibel. Die Priester halten es weder für nöthig, noch für zweckmässig, ihre Gründe dem Volke mitzutheilen; sie würden ja hierdurch einen Theil ihrer Macht verlieren, der eben im Räthselhaften, im Mystischen besteht, und in der hieraus resultirenden Möglichkeit das Volk durch den blinden Glauben leiten zu können. Diese Priestergesetze müssen also kurz und unbedingt gefasst werden, ohne Ausnahmen zuzulassen, sie sprechen strikte aus, dass die Witwe ein Jahr lang nicht wieder heirathen darf. Indessen ist es sehr leicht möglich, dass es primitive Völker giebt, die obwohl ein Trauerjahr von 10—12 Monaten bestimmend, doch der Witwe im Falle früheren Gebärens die zweite Ehe schon früher gestatten; diesbezüglich habe ich aber keine Belege gefunden.

Der zweite Fall der Rücksichtnahme auf den Familienstand des nachgeborenen Kindes ist derjenige — wie wir schon oben sahen —, wo die Witwe nicht heirathen darf bis es unzweifelhaft geworden ist, ob sie schwanger sei oder nicht. Es wird also nicht die Geburt abgewartet, sondern die sichere Schwangerschaft. Bei vielen Völkern darf die Witwe heirathen, wenn ein gewisser Zeitraum verstrichen ist, welcher nothwendig ist, um Klarheit über ihren Zustand zu schaffen. In 3—4 (höchstens 6) Monaten muss es an äusserlichen Symptomen zu erkennen sein, wenn die Frau zur Zeit des Todes ihres

Mannes schon schwanger war; wenn nun diese Symptome sich nicht zeigen, so darf bei diesen Völkern überall die Witwe wieder heirathen, wenn es sich aber zeigt, dass sie thatsächlich schwanger ist, so darf sie bei einigen nicht heirathen, bis sie geboren hat, bei anderen wieder darf sie auch in diesem Falle heirathen, da ja der Familienstand des Kindes schon zweifellos ist. Im alten jüdischen Recht beträgt diese Wartezeit 3 Monate, und es wird ausdrücklich bemerkt, dass sie dazu dienen, um Klarheit über die Schwangerschaft zu schaffen[179]. Bei den Mohammedanern, d. h. im Koran ist diese Zeit mit 4 Monaten und 10 Tagen festgesetzt[180]. Ja selbst ein neueres Gesetzbuch, wie das österreichische allgemeine bürgerliche Gesetzbuch kennt (im § 120) diese Institution[181], es setzt die Zeit mit 6 Monaten an. Wie es bei den primitiven Völkern steht, können wir nicht genau wissen; es wird zwar — wie schon oben ausgeführt wurde — oft bei Reisenden von Trauerjahren von der Dauer von 2—3—6 Monaten gesprochen, ob diese aber mit dieser Intention in solcher Dauer statuirt sind, ist nicht zu entnehmen.

Wenn es nach Ablauf dieser Warteperiode sich herausstellen würde, dass die Witwe schwanger sei, so ist die erste Alternative, dass sie zumindest bis zur Geburt keine zweite Ehe eingehen dürfe. So hielten es die alten Juden, welche der schwangeren Witwe 24 Monate lang die zweite Heirath untersagten[182]. Bei den Mohammedanern darf sie während der Schwangerschaft nicht heirathen[183]. Bei den primitiven Völkern, die die Schwangere für unrein halten, besteht wahr-

---

[179]) Mayer, Rechtsalterthümer II S. 322.

[180]) Koran, Sure II, 26. [Weiteres hierüber Kohler, Rechtsvergleichende Studien S. 63 f. Kohler.]

[181]) A.B.G. 13 § 120: „so kann die Frau . . . wenn über ihre Schwangerschaft ein Zweifel entsteht, nicht vor Verlauf des sechsten Monats zu einer neuen Ehe schreiten."

[182]) Mayer, Rechte der Israeliten etc. II S. 324.

[183]) Koran, Sure II, 233.

scheinlich dieselbe Regel, und es werden also bei Völkern, die das kurze Trauerjahr haben und zugleich an die Unreinlichkeit der Schwangeren glauben, die Witwen, falls sie sich nach Ablauf der Wartezeit als schwanger erwiesen, nicht bis zur Geburt wieder heirathen dürfen.

Ich glaube also, dass die Ansicht annehmbar ist, wonach alle diese kurzen Trauerjahre zur Eruirung der zweifelhaften Schwangerschaft dienen und nur von den Reisenden für strikte Trauerjahre gehalten wurden, was umso leichter möglich war, als ja die Nachgeburten relativ selten vorkommen und so die Witwen wahrscheinlich regelmässig nach den 2—3 Monaten heirathen[184].

Die zweite Alternative, wonach die Witwe, wenn sie auch schwanger ist, heirathen dürfe, da ja der Status des Kindes schon entschieden ist, kann bloss bei Völkern bestehen, die allein auf den Familienstand schauen, und weder die Schwangere für unrein halten, noch auch die turbatio sanguinis als schädlich erachten. Es ist möglich, dass unter den kurzen Trauerjahren der primitiven Völker welche sind, die jedenfalls, ob schwanger oder nicht, nach der Wartezeit die zweite Heirat zulassen. Dass diese Variante existirt, beweist die Codification des Rechts der Amaxosa (Kaffern) in Natal. Diese Codification hat England verfertigen und 1891 in Natal ins Leben treten lassen. Zweck dieser Codification war das Sammeln des Gewohnheitsrechtes der Eingeborenen, doch ist dieses Gesetzbuch wahrscheinlich nicht von englischem Einfluss frei. § 96 dieses Codex lautet: „Gebiert eine Witwe (oder geschiedene Frau) ein Kind innerhalb 10 Monaten seit dem Tode des Ehemannes, so fällt das Kind in die Familie des verstorbenen Ehemannes. Erfolgt die Geburt später, so fällt das Witwenkind in die Familie des letzten Ehemannes[185].“ Hieraus

---

[184]) [Ueber Verkürzung der Trauerzeit in Ostafrika und Abwarten bis nach Erledigung der Schwangerschaft s. Kohler Z. XV S. 10. Kohler.]

[185]) Post, Codification des Rechts der Amaxosa, Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. XI, 221 ff.

lässt sich entnehmen, dass die Frau schon vor Ablauf der 10 Monate geheiratet werden darf, ja selbst wenn sie schwanger ist, nur ändert dies nichts am festbestimmten Familienstand des Kindes. Die Geschichte Roms bietet uns ein anderes Beispiel und einen Fingerzeig bezüglich der Denkweise in dieser Frage. Augustus verliebte sich in die schwangere Gemahlin des Tiberius, dieser aber überliess sie ihm. Augustus frug der Formalität halber die Priester (consulti per ludibrium pontifices)[186]), ob die Schwangerschaft ein Ehehinderniss bilde? Sie antworteten: die Schwangerschaft ist unzweifelhaft, die Ehe kann vollzogen werden[187]).

Wo wir aber bei Völkern auf tiefer Kulturstufe ein Trauerjahr von 2—3—4 Monaten antreffen, müssen wir die Möglichkeit zugeben, dass hier nicht der Familienstand des Kindes, sondern die Aussöhnung des Geistes oder der Gedanke der Unreinlichkeit die treibende Kraft ist, nur in einer speciellen Form, welche diese kurze Dauer herbeiführt. Grösstentheils ist aber das kurze Trauerjahr, wie eben ausgeführt, nichts als eine Wartezeit zur Eruirung der Schwangerschaft.

Ich will jetzt die Belege anführen, welche diesen beiden aus der Erkenntniss der Wichtigkeit des Status familias entspringenden Arten des Trauerjahres concreten Inhalt verleihen. Zuerst das Trauerjahr von 10—12 Monaten, sodann jenes von kürzerer Dauer.

In Amerika finden wir ein Trauerjahr von einem Jahr bei den Chippeway- und Chiriguan-Indianern[188]), bei den Ojibwah-, Omaha-[189])[190]) und Potowatomi-[191]) Indianern, bei

---

[186]) Tacitus, Annales V, 1.

[187]) Tacitus, Ann. I, 10.

[188]) Ploss, Das Weib in der Natur- und Völkerkunde Bd. II S. 521.

[189]) Kohler, Die Rechte der Urvölker Nordamerikas. Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. XII S. 393.

[190]) Waitz, Anthrop. Bd. III S. 110.

[191]) Waitz, Anthrop. Bd. III S. 110.

den Kutschin-Indianern[192]), bei den Patagoniern[193]), bei den Irokesen[194])[195]), bei den Delawaren und auch bei den Chirokesen und Huronen[196]), endlich bei den Sambo und Mosquito-[197]) Stämmen, sowie auf Haïti[198]) und 10 Monate im Staate Louisiana[199]).

In Afrika beträgt die Witwentrauer ein Jahr im Togogebiet[200]), weiters bei den Howas[201]) auf Madagaskar, und ebendaselbst bei den Sihanaka[202]), welch letzteres aber nur daraus zu folgern ist, dass der Reisende von einem strengen „Trauerjahr“ spricht, nach welchem die Witwe zu ihren Verwandten zurückkehren dürfe. In Takue[203]) und Marea[204]) finden wir auch 1 Jahr. 10 Monate sind bei den Amaxosa codificirt.[205])

In Australien fand Riedel auf den Inseln Timorlaut, Tanembar und Serang[206]) Trauerjahre von 12 Monaten; nach Finsch besteht dasselbe bei einigen Papua-Stämmen[207]), weiters

---

[192]) Westermarck, Geschichte der menschlichen Ehe S. 123.

[193]) Westermarck, Geschichte der menschlichen Ehe S. 126.

[194]) Kohler, Die Rechte der Urvölker Nordamerikas. Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. XII S. 393.

[195]) Waitz, Anthrop. Bd. III S. 110 und Bd. VI S. 130.

[196]) Kohler a. a. O. S. 393.

[197]) Ploss, Das Weib in der Natur- und Völkerkunde S. 521.

[198]) Code civil d'Haïti publié par un citoyen de la République 1826, Art. 213.

[199]) Civil Code of the state of Louisiana. New Orleans 1838, Art. 134.

[200]) Kohler, Ueber das Negerrecht. Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. XI S. 431.

[201]) Westermarck a. a. O. S. 126.

[202]) Keller, Die ostafrikanischen Inseln. Berlin 1898. S. 66.

[203]) Munzinger, Ostafrikanische Studien S. 208.

[204]) Munzinger, Ostafrikanische Studien S. 241.

[205]) Post, Codification des Rechts der Amaxosa S. 221. [Bei den Betschuanen und Hottentotten ein Jahr, Kohler Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. XV S. 340. Kohler.]

[206]) Ploss, Das Weib in der Natur- und Völkerkunde S. 520.

[207]) Westermarck a. a. O. S. 126.

bei den Eingeborenen der Bucht Kaimani[208]), endlich bei den Völkern, welche die Speelmanns-Bai bewohnen[209]).

In Asien finden wir das einjährige Trauerjahr viel seltener, welche Erscheinung ihre Ursache darin findet, dass in Asien der Suttiismus bis in unsere Zeit sich erhalten hat. Sobald — wie schon oben gezeigt — das Witwenverbrennen aufhörte, war die nächste Stufe das Verbot der zweiten Ehe der Witwen, welch drakonisches Gesetz nur nach und nach gemildert wurde und noch immer gemildert wird; die Entwickelung erscheint hier noch nicht abgeschlossen, das Trauerjahr ist zumeist länger als ein Jahr. Bei Völkern aber, die schon längst das Witwenverbrennen aufgaben, finden wir trotzdem einjährige Trauerzeit, so bei den alten Arabern[210]), dasselbe scheint nach Ratzel bei den Mongolen und Türken zu bestehen, da die Witwe, wie er behauptet, nach Ablauf eines Jahres den ältesten Anverwandten ihres Gatten heirathen muss[211]), wovon auch die Versorgung der Witwe der Grund sein mag, denn es wäre anders kein Zwang statuirt.

In Europa ist ein Trauerjahr von 10—12 Monaten allgemein. In Rom waren es Anfangs 10,[212]) sodann 12 Monate[213]). Das preussische Landrecht setzt 1 Jahr an[214]). Das Code Civil[215]), das ungarische Ehegesetz[216]), das deutsche bürgerliche Gesetzbuch[217]) kennen das Trauerjahr von 10 Monaten. 300 Tage sind das Trauerjahr in den Niederlanden[218]), 10 Monate waren

---

[208]) Waitz-Gerland, Anthrop. Bd. VI S. 634.

[209]) Krieger, Neu-Guinea S. 394.

[210]) Kohler, Beiträge zum Islamrecht S. 94; Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. XII.

[211]) Ratzel, Völkerkunde Bd. II S. 553.

[212]) Seneca, Epist. 63; Vat. fragm. § 321.

[213]) Ulpian, L. 1 u. 2. C. de sec. nupt. Nov. 22 c. 22.

[214]) Allg. C.R. II § 1, 436, Anh. § 77.

[215]) Code Civil § 228.

[216]) G. Art. XXXI, 1894, § 24.

[217]) B.G.B. § 1313.

[218]) Les Codes Neerlandais traduit par Mr. Gustave Tripels (Maestricht 1886) Code civil Art. 91.

in Neuchatel[219]) und 1 Jahr im Canton Waad[220]). Indessen wird in der modernen Moral das gesetzlich mögliche frühe Wiederverheirathen der Witwe verpönt, es wird für ein Zeichen von Gefühlsrohheit gehalten; dasselbe ist aber auch bei Witwern der Fall und nur die Versorgung minderjähriger Kinder pflegt als Milderungsgrund zu gelten. —

Ich will nochmals bemerken, dass nicht alle Belege — zumal solche über primitive Völker — als vollgültige Beweise der Familienstandstheorie zu betrachten sind, da ja, wie schon ausgeführt, das Trauerjahr von einem Jahr auch aus dem Unreinlichkeitsgedanken entspringen kann. Trotzdem halte ich bei denjenigen Völkern, welche schon monogamisch sind, den Gedanken des Status für ausschlaggebend. —

Nunmehr übergehe ich auf die Belege über ein kurzes Trauerjahr.

In Amerika kommt es am häufigsten vor, dass die Witwe nur einige Monate trauern muss. Bei den Eskimos und in Kalifornien[221]) sind 6 Monate vorgeschrieben; 4 Monate bei den Choctaw Indianern[222]). Allgemein ist aber in Nord- und Süd-Amerika das Trauerjahr von 2—3 Monaten auf Grönland, Aleuta, bei den Jokuten[223]) im inneren Oregongebiet[224]), bei den Dakotah[225]), bei den Tschibtscha-Indianern[226]) u. s. w.

In Asien, Afrika und Australien finden wir diese Institution kaum. In Asien, dem Vaterlande des Suttiismus, wird noch sehr streng auf die Lebensführung der Witwe gesehen, und trotz beginnender Umgestaltung der langen Trauerjahre

---

219) Code civil de la République et Canton de Neuchâtel (Neuchâtel 1853) Art. 91.

220) Code civil du Canton du Vaud (Lausanne 1823) Art. 127.

221) Mayer, Rechte der Athener etc. Bd. II S. 322.

222) Koran, Sure II, 26.

223) Westermarck, Geschichte der menschlichen Ehe S. 126.

224) Waitz, Anthrop. Bd. II S. 389

225) Ploss, Das Weib in der Natur- und Völkerkunde Bd. II S. 522 bis 523.

ist dort die Tendenz immer noch eher für längere, denn für kürzere Trauerzeit. Bei den alten Juden finden wir aber schon ein Witwenjahr von 3 Monaten, bei den Mohammedanern eines von circa 4 Monaten. In Afrika dürften kurze Trauerjahre sehr verbreitet sein, — welche mehr der Trauerceremonien wegen existiren — da in Afrika die Leviratheirath sehr allgemein ist. Wenn die Witwe sich keinen zweiten Mann wählen kann, sondern ipso jure die Frau des Bruders ihres Gatten oder eines anderen Verwandten wird, welcher nach ihm Familienoberhaupt wird, dann hat es auf Familienangehörigkeit des Kindes gar keinen Einfluss, wer der Vater gewesen, auch wird die ererbte Frau höchst wahrscheinlich nicht lange unberührt bleiben, zumal wenn sie nicht schwanger ist. Die Quellen, welche Leviratheirath constatiren, schweigen gewöhnlich über die Witwentrauer. Trotzdem kommt es manchmal vor, so z. B. bei den Malayischen Igoroten von der Insel Luzon, welche 2—3 Monate trauern; die Betschuana haben, nach Lichtenstein, einen Monat als Trauerjahr angesetzt; ähnliches meldet Riedel über die Serangluo und Gorong in Australien.

In Europa hatten wir das Beispiel des österreichischen bürgerlichen Gesetzbuches gesehen (§ 120).

§ 5.

Wir haben jetzt die Gründe kennen gelernt, welche das Trauerjahr der Witwe schaffen und seine Dauer bestimmen. Wir haben die Factoren angeführt, die zur Herabminderung der Trauerzeit beitragen und die von uns abwärtswirkende Kräfte genannt wurden; und wir haben die Ursachen gezeichnet, welche ein Bestehen und längere Dauer der Witwentrauer nach sich ziehen und welche wir aufwärtswirkende Kräfte nannten. Diese zwei entgegengesetzt wirkenden Mächte treten entweder jede allein oder beide zugleich auf; besonders sind es die aufwärtswirkenden Kräfte (wie Aussöhnung des Geistes, Unreinlichkeit der Leiche, Fraglichkeit der Schwangerschaft u. s. w.), welche auch allein auftreten, und es ist sehr

selten, dass die abwärts wirkenden Kräfte (wie z. B. Weiberknappheit) die Gewalt dieser Componenten vollständig aufheben. Aus diesem Kampfe resultirt das Trauerjahr in seinen verschiedensten Formen und Ausdehnungen vom Suttiismus, durch die ewige Trauer sich immer mildernd bis zu 1—2 Monaten.

Der Krystallisirungspunkt dieses Kampfes scheint das Trauerjahr von einem Jahr zu sein; alle Kräfte, die auf Verkürzung des Trauerjahres hinarbeiten, sind nicht im Stande, dem Gedanken an den Status des nachgeborenen Kindes das Terrain abzugewinnen. Wir werden aber dieser Thatsache keine übermässige Wichtigkeit beilegen, wenn wir einerseits bemerken, dass bei einigen Völkern das kurze Trauerjahr thatsächlich existirt und dass andererseits bei den höheren Völkern die durchwegs 10—12 Monate Trauerzeit haben, nicht nur keine Weiberknappheit, sondern gerade Ueberfluss an Frauen besteht, dass also der mächtigste Factor, Herabminderung der Witwentrauer, hier wegfällt.

Indessen ist mit diesem Schritte die Möglichkeit einer weiteren Entwickelung bei Weitem nicht ausgeschlossen. In einer Gesellschaft der freien Liebe, wo der Staat die Erziehung der Kinder besorgte, fiele die Nothwendigkeit einer Trauer der Witwe ganz weg, ja sie wäre geradezu widersinnig (wie ja auch bisher bei polyandrischen Völkern). Es wären höchstens ethische, religiöse Gründe, also solche des Gefühlslebens — da der Unreinlichkeitsgedanke kaum mehr wiederkehren dürfte —, welche eine kurze Zeit zu trauern in den Augen der Gesellschaft als schicklich erscheinen liessen; das Recht würde aber keine Hindernisse mehr aufstellen. Wenn aber eventuell auch der Cultus der Todten unterginge, so wäre es möglich, dass das Trauerjahr überhaupt aufhörte zu existiren, wodurch dieses interessante Capitel der Menschheitsgeschichte seinen Abschluss fände.

X.

Der Vorentwurf des schweizerischen Civilgesetzbuches.

Von

Georg Cohn.

I. Capitel.

Vorbemerkungen.

1. Der in Bd. XIII S. 116 ff. dieser Zeitschrift bereits kurz erwähnte und nur bezüglich seiner Vorschläge zur Frage der Gemeinderschaft eingehender gewürdigte Huber'sche Entwurf eines einheitlichen schweizerischen Personen- und Familienrechtes vom 5. December 1896 ist inzwischen durch die Hinzufügung des mehrfach umgearbeiteten und in verschiedenen kleineren Commissionen [1]) durchberathenen Sachen- und Erbrechts erweitert worden. Am 15. November 1900 ist dieser erweiterte Entwurf unter dem Titel „Schweizerisches Civilgesetzbuch, Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizei-Departements“ amtlich veröffentlicht worden. Ueber die Vorarbeiten giebt ein Anhang (S. 303—309) aus der Feder Huber's die erwünschte Uebersicht. Der Feststellung des Entwurfs durch den Bundesrath soll eine Berathung durch eine grössere gemischte Commission vorangehen, deren erster Zusammentritt für den 7. October dieses Jahres geplant ist [2]).

---

[1]) Vgl. Erläuterungen zum Vorentwurf. Bern 1901. S. 13.

[2]) Diese Commission tagte inzwischen in Luzern v. 7.—30. October

„Zu Handen“ dieser Commission hat Prof. Dr. Eugen Huber soeben im amtlichen Auftrag ein erstes Heft von „Erläuterungen zum Vorentwurf“, zunächst zum Personen- und Familienrecht, veröffentlicht, welche vortrefflich und im besten Sinne des Worts populär geschrieben sind, um „auch den Nichtjuristen Aufschluss zu bieten“; aber auch für den Juristen sind sie in hohem Maasse werthvoll und sehr wohl geeignet, die schmerzlich empfundene Lücke fehlender Motive[3]) auszufüllen.

2. Literatur. Die privatrechtlichen Codificationsbestrebungen der Schweiz haben, wie ich schon in Bd. XIII S. 118 dieser Zeitschrift hervorgehoben, in der Literatur noch nicht diejenige Beachtung gefunden, die sie an sich und um der vielen Vorzüge der Huber'schen legislatorischen Arbeiten willen verdienen. Gegenüber der unermesslichen Fluth von Anzeigen und kritischen Werken, die sich über den ersten Entwurf des Deutchen Bürgerlichen Gesetzbuches sofort ergossen hat, scheint die Zurückhaltung, die man dem analogen schweizerischen Elaborat gegenüber sich innerhalb und besonders ausserhalb der Schweiz auferlegt hat, etwas überraschend. Zu den in dieser Zeitschrift XIII S. 118 und S. 128 erwähnten drei Aufsätzen von Laband, Ehrlich und Barazetti sind — von der Besprechung actuellster Fragen, wie der Frauenfrage[4]) und des Schutzes der Bauhandwerker[5]), und von et-

---

1901. Die Berathungen erstreckten sich nur bis zum Art. 361; die Weiterführung der Berathungen ist für das Frühjahr 1902 geplant.

[3]) Vgl. oben XIII S. 119; Rümelin S. 37; Meili, Die Codification des schweizerischen Privat- und Strafrechts S. 35. — Huber hebt S. IV hervor, dass seine Erläuterungen nicht in der Auslegung der vorgeschlagenen Bestimmungen, sondern in der Prüfung dessen, was vorgeschlagen werden soll, ihre Hauptaufgabe erblicken. Sie sind nach S. 1 der Erläuterungen „Kommentar, Motive und zugleich Material“.

[4]) Dr. Anna Mackenroth, Ueber die Rechtsstellung der Frau im Vorentwurf. 1901.

[5]) Karrer, Der Bauschwindel und der Schutz der Bauhandwerker.

welchen gelegentlichen Notizen abgesehen — wohl nur hinzugetreten: Le Fort[5a]), Mentha[6]), Marcusen[7]), Gmür[8]), Burckhard[9]), Stückelberg[10]), Wieland[11]), Martin[12]), Hitzig[13]) und ganz besonders soeben Rümelin[14]) und Meili[15]).

Allerdings sind dem Bundesrathe auch zahlreiche „Vernehmlassungen" der kantonalen Regierungen, des Bundesgerichts und anderer weiterer Kreise zugegangen[16]); in der oben S. 406 erwähnten Uebersicht der Vorarbeiten sind sie S. 303—304 verzeichnet; im Buchhandel sind sie jedoch nicht

---

Zürich. Diss. 1900, S. 120. Egger, Der privatrechtliche Schutz der Bauhandwerker. Bern. Diss. 1900.

[5a]) Im Jahrbuch der intern. Vereinigung f. vergl. Rechtsw. III S. 165.

[6]) Mentha, Notice sur l'état des travaux préparatoirs d'un Code civil suisse im Bull. de la société de législ. comp., 1901, p. 361—385.

[7]) Marcusen in d. deutschen Juristen-Z., in Z. f. intern. Privat- u. Strafrecht XI u. in Schweiz. Blättern f. Wirthschafts- u. Socialpolitik 1900.

[8]) Gmür, Der Entwurf eines schweiz. Civ.G.B. in seiner Bedeutung für Handel und Industrie in den N. 7 citirten Schweiz. Blättern 1901, S. 305 u. 352 ff.

[9]) Burckhardt, Erfordernisse der Eheschliessung in Z. f. Schweiz. Recht XLII S. 269 ff.

[10]) Ad. Stückelberg, Der Privatname, 1900.

[11]) Wieland, Zur Vereinheitlichung des ehelichen Güterrechts in Z. f. schweiz. R. XL. (N. F. XVIII) S. 319—401.

[12]) Martin, Code civil suisse des successions, Exposé du livre III de l'avant-projet, Genève.

[13]) Hitzig, Die Grunddienstbarkeit im Vorentwurf in Z. f. schweiz. Recht XLI S. 355 und soeben: Das Familienvermögen im Vorentwurf, ebendas. XLIII S. 1 ff.

[14]) Max Rümelin im Jahrb. f. Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirthschaft XXV S. 37—109. Erster Artikel.

[15]) Meili, Die Codification des Schweiz. Privat- u. Strafrechts, 1901, Zürich. Derselbe, Der gesetzgeberische Kampf gegen Schädigungen im Bauhandwerk etc., 3 Gesetzgebungsfragen, 1901 (Schweizer Zeitfragen Heft 32) und Derselbe, Die Vereinheitlichung des schweiz. Privatrechts in ihrer Bedeutung für Handel und Verkehr. Zürich 1900. Die erstgenannte Schrift ist fortan nur mit dem Namen des Verfassers citirt.

[16]) Erläuterungen S. 13.

erschienen, und eine Zusammenstellung der gutachtlichen Aeusserungen zu dem Entwurfe, wie sie 1891 im Deutschen Reichs-Justizamt angefertigt und publicirt wurde, gehört wohl erst zu den späteren Aufgaben des eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements.

3. System. Der Vorentwurf zerfällt in eine Einleitung und in fünf Theile: Personenrecht, Familienrecht, Erbrecht, Sachenrecht und Obligationenrecht; das Obligationenrecht ist nur in den Titelüberschriften nach dem geltenden einheitlichen Gesetz von 1881 beigefügt, übrigens unter dem doppelten Vorbehalt einer Revision desselben und einer Ausscheidung wichtiger Materien zur Specialgesetzgebung[17]). Ein noch unausgearbeiteter Schlusstitel „Anwendungs- und Uebergangsbestimmungen“ soll das internationale, interkantonale und intertemporale Recht enthalten; nur anmerkungsweise werden die Principien hierfür S. 250—259 erörtert.

Die Einleitung und die vier ersten Theile enthalten zusammen 1019 Artikel[17a]); der Umfang des ganzen Civilgesetzbuchs würde, wenn man die Artikelzahl des geltenden Obligationenrechts unter Abrechnung jener zur Specialgesetzgebung verwiesenen Materien (besonders Wechsel-, Actien- und Genossenschaftsrecht) mit 633 Artikeln hinzugefügt, 1652 Artikel, also 733 weniger als das Bürgerliche Gesetzbuch betragen und dies trotz Aufnahme der im Bürgerlichen Gesetzbuch übergangenen Materien des Wasser- und Bergrechts.

Die einzelnen Artikel enthalten fast ausnahmslos höchstens drei Absätze, und diese selten mehr als einen übersichtlichen Satz. Die Wortzahl der einzelnen Sätze schwankt zwischen 3 (A. 6, 2 u. A. 8) und 56 (A. 613).

---

[17]) Vgl. darüber die Verhandlungen des schweiz. Juristenvereins 1900, insbes. die Referate von Janggen u. Grenier (Z. f. S.R. XLI, 593 ff. Diskussion S. 711 ff.).

[17a]) Die Bezeichnung Artikel ist, von Art. 1 abgesehen, allerdings vermieden, ebenso das Zeichen §.

4. Verweisungen. Das vielbeklagte, zahlenstrotzende Verweisungssystem des Bürgerlichen Gesetzbuches, zumal seines ersten Entwurfs, den Gierke deswegen nicht ohne Grund mit einer Logarithmentafel verglichen hat, ist vermieden; wo eine Verweisung „unumgänglich“ schien, erfolgt sie, löblicherweise, „in einem deutlichen, den Inhalt der Verweisung angebenden Satze“. Die Unumgänglichkeit hätte jedoch noch häufiger angenommen werden sollen. Eine ganze Reihe von Artikeln, in denen eine Verweisung auf andere Normen nöthig oder doch zweckmässig gewesen wäre, hat Meili S. 32 und 33 und Rümelin S. 41 ff. in dankenswerther Weise zusammengestellt. Uebrigens verfällt der Vorentwurf in das dem Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch entgegengesetzte Extrem einer wahren Zahlenscheu. Die Erläuterungen S. 15 begründen dies Verfahren durch die Furcht des Gesetzgebers, eine seine Verantwortlichkeit übersteigende, der Theorie und Praxis besser zu überlassende Arbeit zu unternehmen und durch die Fehlgriffe und Lücken, die das System der Verweisung mit Artikelanführung erfahrungsgemäss zur Folge habe, die Praxis zu beengen. Diese Argumentation erscheint jedoch nicht ganz überzeugend. Wer würde aus Furcht zu straucheln überhaupt nicht zu gehen wagen? Was der Verkehr vor Allem braucht, ist Rechtssicherheit; juristische Streitfragen können gewiss auch durch die Praxis entschieden werden; dann geschieht es aber auf Gefahr und Kosten der Parteien. Es bleiben der Doctrin und Rechtsprechung noch genug der Streitfragen, an die der Gesetzgeber im Voraus gar nicht denken konnte; wo er aber sich selbst die Frage vorlegen muss, welche sonstige Normen des Gesetzbuchs sollen in den Fällen dieses oder jenes Artikels zur Anwendung gebracht oder ausgeschlossen werden, da hat er es in der Hand, eine Fülle möglicher Streitfragen im Keim zu ersticken, und dann sollte er diese Artikel auch nennen, selbst auf die doch ziemlich entfernte Gefahr hin, vielleicht einmal einen Fehlgriff zu thun. Die Notwendigkeit, den Satz, auf den verwiesen ist, auch ziffermässig zu bezeichnen,

zwingt überdies zu einer recht erspriesslichen Nachprüfung über die Tragweite der Verweisung, und was der deutsche und bernerische Gesetzgeber nicht gescheut hat, sollte doch auch der eidgenössische nicht fürchten.

5. Marginalien. Der Vorentwurf hat im Gegensatz zum Bürgerlichen Gesetzbuch die preussisch-österreichische Methode der Randtitel recipirt und zwar, „nicht nur zur Erleichterung der Orientirung", sondern auch nöthigenfalls zur Ergänzung und Entlastung des Textes „als Bestandtheil des Gesetzestextes" (Erl. S. 15). Meili S. 31 warnt vor dieser Methode, und in der That wird bei den fast unvermeidlichen Abweichungen zwischen dem vollständigen Text und der Verkürzung desselben am Rande zu Controversen Anlass gegeben; so ist, um nur ein Beispiel zu bringen, in A. 161 im Text von begangenem „Verbrechen" oder einem „im hohen Grade unehrenhaften Lebenswandel", im Randtitel aber von „Verbrechen und Ehrverlust" die Rede; soll in Ergänzung des Textes damit auch der Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte durch strafgerichtliches Urtheil, der ohne „Verbrechen" und ohne „in hohem Grade unehrenhaften Lebenswandel" immerhin möglich [18]) wäre, Scheidungsgrund sein? Der Vortheil, den die Erl. S. 15 den Marginalien zuschreiben, dass sie das technische Wort feststellen, auf das die folgenden Artikel Bezug nehmen können, trifft doch nur bei einer kleinen Anzahl Randtitel zu und lässt sich sehr wohl durch die Beifügung des Terminus in einer Klammer im Text selbst ersetzen, wie dies im Bürgerlichen Gesetzbuch auf Schritt und Tritt (z. B. 183, 184, 194, 273, 274, 741, 780, 781, 1184, 1191, 1432, 1438, 1993, 2018, 2150 u. a. m.) begegnet.

6. Sprache. Die Sprache des Vorentwurfs unterscheidet sich vortheilhaft von dem vielgetadelten Juristendeutsch des

---

[18]) Z. B. nach dem R.St.G. bei dem Vergehen (nicht Verbrechen) der Selbstverstümmelung (§ 32 u. § 142). Die Randtitel zu Art. 14 u. 15 unterscheiden „Unehrenhaftigkeit" und „Herabsetzung in der bürgerl. Ehre". Vgl. unten S. 432 ff.

Bürgerlichen Gesetzbuches; sie ist als scharf, klar und genau von allen Seiten, von Laband, Barazetti, Rümelin und Meili S. 22, der jedoch einige Wendungen bemängelt, gerühmt worden. Wirklich volksthümliches Gepräge tragen begreiflicherweise nur ganz wenige Sätze (A. 6, 1, A. 7, 1); von alten Rechtssprichwörtern begegnet nur ein einziges (A. 8, 2: Heirath macht mündig). Fremdwörter sind weder ganz vermieden, noch ganz ausgemerzt. Der von Meili S. 24 erhobene Vorwurf „puristischer Einseitigkeit“ erscheint nicht ganz gerechtfertigt; den gerügten 18 Verdeutschungen juristischer Kunstausdrücke, von denen übrigens einzelne, wie Fahrniss, Nutzung und Grundlast ganz hergebracht und höchst treffend sind, stehen nicht nur zwei einzige, sondern etwa hundert beibehaltene Fremdwörter gegenüber, wie Register (79), Liquidation (609), Organ (75), Quote (859), Inventar (570, 757), Process (191), Pfandtitel (906), Amortisation (859), Emission (854), Obligation (854), Serientitel (855), Retentionsrecht (874), subventionirt (930), Collectivblatt (989), Kataster (994), Concurs (610), solidarisch (642), Garantie (905), Depositen (909), Effectivbestände (911), Reservefonds, Grundcapital (913) u. a. m. gegenüber. Allerdings ist die Schweiz ein dreisprachiges Land, aber durch die amtliche Publication des Gesetzbuchs in allen drei Sprachen ist jedem Bedürfniss genügt, und jede der drei Sprachen kann doch verlangen, in ihrer Reinheit, soweit dies immer thunlich ist, zur Anwendung zu kommen. Im Grossen und Ganzen hat der Entwurf in der Fremdwörterfrage beinahe die richtige Mitte innegehalten; doch liesse sich von dem beibehaltenen Hundert immerhin noch ein Drittel unschwer verdeutschen [18a]). Inconsequent ist es, wenn in demselben Artikel (37 ff.) von Personenstand und Civilstandsämtern gesprochen wird. Dass das Gesetzbuch selbst sich Civil- und nicht Bürger-

[18a]) Z. B. Compensation, Statut, Coupon, Dividendenschein u. a. m. Näheres über die Sprache des Entwurfs an anderer Stelle. — Dem eventuellen Vorschlage Meili's, die fremdsprachigen Ausdrücke dem pacificirten deutschen Texte in Klammern beizufügen, schliesse ich mich an.

liches Gesetzbuch nennt, ist durch die Motive S. 17 nicht überzeugend gerechtfertigt; Meili spricht von einem antipuristischen Wunder; Civilgesetzbuch in seiner Zusammenschweissung deutscher und französischer Bestandtheile „klingt“ übrigens nicht besser, als das in Oesterreich, dem Deutschen Reich, im Aargau und wohl auch in der übrigen Schweizer Juristenwelt bereits ganz eingebürgerte Bürgerliche Gesetzbuch.

Dass die französische Uebersetzung „absichtlich“ nicht überall wörtlich durchgeführt wurde, ist bedauerlich; an der wirklichen Unmöglichkeit scheitert natürlich jede Uebersetzungskunst; aber nach den Erläuterungen S. 17 ist auf die wortgetreue Uebersetzung schon da verzichtet, „wo sie sich aus sprachlichen Rücksichten nicht gut (!) durchführen liess und an einer peinlichen Uebereinstimmung nichts zu liegen schien“. Auf Divergenzen des deutschen und französischen Textes ist bereits von Meili, Rümelin S. 45 Nr. 2 und mir[19]) hingewiesen worden. Sollte es aber wirklich eine einzige Bestimmung eines Gesetzbuches geben, bei welcher an einer peinlichen Uebereinstimmung nichts, gar nichts gelegen ist?

Noch bedauerlicher ist es, dass die Gesetzesverfasser „darauf verzichteten, durch die Wahl unter verschiedenen synonymen Ausdrucksweisen“, besonders unter „muss“ und „soll“, „darf“ und „kann“ den Gegensatz von absolutem und dispotivem Recht scharf zu bezeichnen (S. 16). Gewiss soll der Gesetzgeber, wo er die absolute Geltung haben will, es auch sagen; aber warum das nicht durch den Gebrauch gewisser Hilfszeitwörter möglich wäre, ist unerfindlich; von einer „Geheimsprache“ kann doch hierbei im Ernst nicht gesprochen werden. Wo aber der Gesetzgeber die absolute Geltung einer Norm nicht vorgeschrieben hat, da sollte der Staatsbürger auch sicher sein, innerhalb der allgemeinen Schranken, die die gute Sitte zieht, sich mit voller Sicherheit auf dem Gebiet

---

[19]) A. a. O. S. 117 N. 551 zu Art. 361 (jetzt 366) u. 368 (jetzt 375). Vgl. übrigens auch unten N. 84a.

der Dispositionsfreiheit zu befinden. Es scheint gefährlich, über den Umfang der Freiheit den sogen. „Geist der Zeit" und die „Anpassung der Praxis" entscheiden zu lassen; der „Freiheit der Auslegung" stellen wir die Rechtssicherheit (vgl. oben S. 410) und die von dem Vorentwurf selbst so hochgestellte Freiheit des Bürgers „sich die Rechtsverhältnisse nach den eigenen Bedürfnissen zu gestalten" (S. 25), bei Weitem voran! Wo wirklich eine Beschränkung der sogen. Privatautonomie über die vom Gesetzbuch bestimmt gezogenen Schranken hinaus sich in der Zukunft als nöthig erweisen sollte, da scheint denn doch die gesetzliche Abänderung des Gesetzes der empfehlenswerthere Weg.

7. Ueberhaupt ist das dem richterlichen Ermessen zugewiesene Gebiet im Vorentwurf ungemein weit gezogen. Insoweit in der Verweisung auf das arbitrium judicis die Befreiung von den in einzelnen Kantonen leider noch bestehenden formalen Beweisregeln liegt, ist der Uebergang zur freien Beweiswürdigung gewiss als Fortschritt zu begrüssen. Aber die Tragweite reicht, wie die Erläuterungen S. 28 constatiren, weiter: „man will damit die Fälle treffen, wo überhaupt von einem Beweise nicht mehr die Rede ist, sondern eine unklare und unabgeklärte Sachlage nach einer Entscheidung durch den Richter verlangt." Das gilt nicht nur in Schadensprocessen, inbesondere betreffs der Genugthuungsklage wegen unbefugten Angriffs auf die Person nach dem mit Recht schon vielfach bemängelten A. 26[20], sondern auch in gewissen familien-, ja sogar sachenrechtlichen Processen [21]) (nach Art. 217, 2 und 719, 2); hierbei solle vom Richter „nicht nach den Folgen aus der Beweislast, sondern nach demjenigen, was nach aller Wahrscheinlichkeit (!) dem Verhältniss in Wirklicheit zu Grunde liegt, das Urtheil ausgefällt" werden. Bei aller Hochschätzung der aequitas ist

---

[20]) Laband, Meili S. 30; Rümelin S. 45; a. M. Barazetti S. 35 bis 38.

[21]) Die Erläuterungen S. 28 sprechen von „Sachverbindungen", doch ist wohl nicht diese (A. 720), sondern Specification (A. 719) gemeint.

diese weitgehende Abwälzung der gesetzgeberischen Entscheidung auf den Richter um der immer wieder zu betonenden Rechtssicherheit willen nicht zu billigen; ist doch schon von Meili und Rümelin darauf hingewiesen worden, dass diese Methode, da sie zu den divergentesten Urtheilen führen kann, den Process zum reinen Würfelspiel macht und die Processlust entfesselt, übrigens in der Schweiz mit ihrem zum Theil juristisch ungeschulten Personal von Volksrichtern doppelt bedenklich ist. Das viel citirte Wort aus Munziger's Motiven S. 51 vom „oft vernommenen Wunsche des Kaufmanns, in jeder Lage bestimmt zu wissen, woran er ist, fast gleichgültig darum, ob so oder anders[22]," es gilt noch über den Kaufmannsstand hinaus für den gesammten Verkehr. Damit soll nicht etwa eine öde Casuistik nach Art des Preussischen Landrechts befürwortet sein; hier handelt es sich vielmehr um fehlende allgemeine Sätze. Das erkennt Huber S. 28 (vgl. auch 27 und 29) selbst in den Worten an: „Gewiss wäre es möglich, darüber einen allgemeinen Satz auszusprechen." Und dennoch lässt ihn der Gesetzgeber „unausgesprochen, indem er es als Aufgabe der Wissenschaft und Praxis betrachtet, dem Grundgedanken für jede Zeit und jede Beziehung allmählich seine feste Gestalt zu geben, die schmiegsam und doch bestimmt genug, die Anerkennung dieses Ermessens auch in den Augen derer als eine Wohlthat erscheinen lassen wird, die heute noch die Gefahr einer willkürlichen Rechtsprechung darin erblicken". Diese Vertröstung auf die allmählich sich entwickelnde Praxis scheint uns ein schlechter Trost für diejenigen, die jene Processe zu führen haben werden, aus denen sich diese Praxis entwickeln soll; der Zukunft Wohlthat wäre in der That der Gegenwart Plage. Bei aller Hochschätzung vor der rechtsbildenden Kraft der Jurisprudenz,

---

[22]) Vgl. auch Gmür S. 308: „Denn die Erfahrung hat gezeigt, dass sich der Handel leichter mit ungünstigen Gesetzen abfindet, als mit einer unsicheren Rechtsordnung."

das was der Schweizer zunächst braucht, ist doch ein jus certum. Es fehlt auch nicht an gewichtigen schweizerischen Stimmen, die die feste gesetzliche Norm dem arbiträren Ermessen der Gerichte vorziehen; ausser Meili, der auch auf seine Berührungspunkte mit Meyer v. Schauensee hinweist, ist hier besonders Prof. Roguin zu erwähnen; in seinen Observations sur la Codification des lois civiles[23]) bewilligt er den Gerichten nur bezüglich der „situations nouvelles que l'auteur ne peut réglementer d'avance, une certaine liberté d'appréciation", dagegen bezüglich aller „situations connues déjà" bekennt er sich „sans hésiter" zu der Ansicht, „que le législateur doit intervenir"[24]).

8. In Uebereinstimmung mit allen geltenden kantonalen Civilgesetzbüchern, mit dem Bundesgericht und sämmtlichen kantonalen „Vernehmlassungen", hat der Vorentwurf, im Gegensatz zum deutschen Gesetz, auf einen Allgemeinen Theil verzichtet und zwar ganz. Die fünf Artikel der Einleitung betreffen Fragen, die das Bürgerliche Gesetzbuch übergeht oder im Einführungsgesetz behandelt. Einige der im Allgemeinen Theil des Bürgerlichen Gesetzbuchs behandelten Materien bilden den Inhalt des schweizerischen Personenrechts; etliche wenige (Früchte, Zubehör) sind im Sachenrecht geregelt; für die Mehrzahl (Rechtsgeschäfte, Fristen, Verjährung, Rechtsausübung) giebt es nur Specialnormen im geltenden Obligationenrecht, auf dessen Sätze in etlichen Artikeln des Vorentwurfs z. B. 666 und 721 verwiesen ist. Einzelne Normen des deutschen allgemeinen Theils, z. B. die Begriffsfeststellung der fungiblen Sachen (§ 91) sind absichtlich weggeblieben,

---

[23]) Université de Lausanne, Recueil publié par la faculté de droit à l'occassion de l'exposition nationale suisse à Genève-Lausanne 1896, S. 83. Gegen Roguin erklärt sich Crusen im Centralblatt für Rechtsw. XVI S. 130.

[24]) Die zu weit gehende richterliche Freiheit hat auch in Deutschland Gegner; Litteraturangaben bei F. Endemann, Lehrbuch, 8. Aufl. I S. 56, N. 7; Dernburg, Das bürg. Recht 1901, I S. 52 N. 1.

weil „der Wissenschaft oder dem allgemeinen Sprachgebrauch überlassen" [25]).

Während Rümelin S. 40 sich mit dem Standpunkt des Vorentwurfs zu befreunden scheint, hat Meili sich S. 28 für die „absolute Nothwendigkeit" der Niederlegung von Grundsätzen erklärt, die, wenn auch nicht für alle Theile des Rechtsgebiets, so doch für fast alle gelten; ja, er geht in seinem Postulat solch allgemeiner Sätze sogar noch über das Bürgerliche Gesetzbuch hinaus.

So wünschenswerth ein vollständiger Allgemeiner Theil für ein Lehrbuch und auch für ein Gesetzbuch ist, so kann er doch für letzteres nicht gerade als absolut nothwendig erklärt werden; der Weg des Vorentwurfs ist auch gangbar, sofern nur bei der Revision des Obligationenrechts die klaffendsten Lücken — Rümelin erinnert an einseitige Rechtsgeschäfte und empfangsbedürftige Willenserklärungen — ausgefüllt, und sofern nur in allen übrigen Theilen des Gesetzbuches unter numerischer Citation die analog anzuwendenden Artikel des Rechts der Schuldverhältnisse genannt werden; andererseits wären auch A. 644 (Chicaneverbot) und A. 968 (Selbsthülfe) durch einen Zusatz über das Sachenrecht hinaus im Sinne der §§ 226—231 B.G.B. zu erweitern.

Uebrigens würde gerade nach dem System des Vorentwurfs A. 4 Abs. 2 in das Sachenrecht, nicht in die Einleitung gehören.

9. Unter der Ueberschrift: „Allgemeine Grundsätze

---

[25]) Wenn die Erläuterungen S. 24 zur Begründung fortfahren: „Denn was auch der Gesetzgeber hierüber sagen wollte, er würde Gefahr laufen, schon nach kurzer Zeit durch eine wissenschaftlich richtigere Umschreibung ausser Kraft gesetzt zu werden oder gegenüber einer neuen, richtigeren Erkenntniss eine lästige Fessel zu bilden," so scheint diese Gefahr denn doch gerade für das gewählte Beispiel der Fungibilien so gut wie ganz ausgeschlossen, abgesehen davon, dass jene Furcht vor wissenschaftlicher Antiquirung jeder Codification an sich im Wege stehen würde.

des Entwurfs" haben die Erläuterungen S. 25—30 in fesselnder Darstellung fünf Principien zusammengestellt, die zwar vom Gesetze selbst, obwohl es möglich, nicht formulirt werden, in denen Huber aber die „eigentliche Lebenskraft des Werks" erblickt, und die auch „die Auslegung des Gesetzes leiten" sollen. Diese 5 Principien sind zunächst die „bürgerliche Freiheit des Verkehrs", insbesondere bei Ehevertrag, Testament und Verpfändung, unter der doppelten Cautel der strengen Form [26]) und der Publicität; sodann andererseits der rechtliche Schutz eines jeden Interesses, auch gegenüber den Anordnungen der Verwaltung, auch im Vereinsrecht, in den nachbarrechtlichen und in einer nicht unbedenklichen Ausdehnung auch in den familienrechtlichen Beziehungen. Dieses Princip greift in einer Reihe von Fällen so weit, dass man mit Meili S. 42 von Popularklagen oder doch von Quasipopularklagen (z. B. auf Vereins- und Stiftungsauflösung wegen Verfolgung schlimmer Zwecke (Art. 95 und 107), auf Nichtigkeitserklärung ungültiger Ehen (A. 143 u. a. m.) sprechen dürfte. Nach den Erläuterungen S. 18 hat man sich unter dem Einfluss der französischen Rechtsfloskel „tout interéssé" zur Weglassung des Adjectivs „berechtigt" vor Interesse allgemein entschieden; nur durch ein Versehen ist also das schon Meili aufgefallene Adjectiv „rechtliches" in A. 448 stehengeblieben.

Ganz besonders zu billigen ist das dritte bei den einzelnen Institutionen regelmässig wiederkehrende Leitmotiv: die Anerkennung von „Treu und Glauben" oder die Auslegung der rechtlichen Beziehungen in „guten Treuen" (S. 27). „Es soll ganz allgemein Rechtsschutz nur insoweit bestehen, als dies nach Treu und Glauben im Verkehr von Jedermann erwartet werden kann" [26a]). Dass wir bezüglich des vierten Princips, des

[26]) Die Form ist doch wohl nicht als Mutter der Freiheit (Erl. S. 27), sondern mit Jhering, Geist des R.R. III S. 471, 495, als Zwillingsschwester der Freiheit zu bezeichnen. Vgl. meinen Vortrag: die Symbolik im German. Familienrecht S. 21.

[26a]) Gegen die Ueberschätzung des § 242 B.G.B. vgl. Otto in Vor-

freien richterlichen Ermessens eine Ueberspannung annehmen müssen, ist schon oben bemerkt. Es hängt das mit der Anschauung der Erläuterungen (S. 24 und 30) von der geringen Macht des Gesetzgebers zusammen; der früheren Ueberschätzung, wie sie zu Justinian's, Reckessuinth's und Suarez' Zeiten geherrscht, ist hier eine Unterschätzung gefolgt, die hinter der realen Machtfülle der Legislationen denn doch wohl zurückbleibt.

Als fünftes Beispiel der allgemeinen Grundsätze heben die Erläuterungen S. 29 das in allen Theilen des Vorentwurfs wiederkehrende, eigenthümlich zwischen Einzelperson und Körperschaft stehende Gebilde der Gemeinschaft hervor.

Als letztes eitendes Princip erscheint noch (in Artikel 6) das Princip der vollen Rechtsgleichheit; es erstreckt sich über Stand und Religion hinaus auch auf die civilrechtliche Gleichstellung der Inländer und Ausländer der beiden Geschlechter, vom Einfluss der Ehe natürlich abgesehen.

10. Ehe wir zu den Einzelvorschriften des Vorentwurfs übergehen, sei noch kurz auf die vortrefflichen und gedankenreichen Ausführungen der Erläuterungen verwiesen, in denen Huber „die Aufgabe der Gesetzgebung“ (S. 1—8) erörtert. Als Ideale schweben ihm vor: Einheitlichkeit, Volksthümlichkeit, Rechtsverbesserung und schöpferische Selbständigkeit. Von diesen selbst gestellten Postulaten sind das erste und letzte erreicht. Die auch in dieser Zeitschrift XIII S. 5 geschilderte und beklagte Rechtszersplitterung des schweizerischen Civilrechts, — der Zürcher Oberrichter Wolf konnte nicht ohne Grund von einem Rechtswirrwarr sprechen — weicht nach dem Entwurf einer Rechtseinheit, die noch über die in Deutschland durch das Bürgerliche Gesetzbuch errungene hinaus geht, da beispielsweise auch Berg- und Wasser- und Familienfideikommissrecht, letzteres freilich sehr dürftig, geregelt werden. Ebenso

---

träge über das B.G.B. Lpzg. 1901, S. 216 und Oertmann im Arch. f. bürg. Recht XX S. 71.

gebührt dem Vorentwurf unbedingte Anerkennung, dass er, trotz prüfender Berücksichtigung des Code und des Bürgerlichen Gesetzbuchs, die Gesetzbücher der Nachbarländer alles eher als ausgeschrieben, vielmehr durch „eigene Schöpfung" es ihnen gleich gethan hat; in den Normen über Gemeinderschaften und Heimstätten, aber keineswegs blos in ihnen, kommt die Selbständigkeit und Originalität des Vorentwurfs ganz besonders zum Ausdruck. Was die Volksthümlichkeit anlangt, so ist von dem Vorzug der Fassung schon gesprochen worden; aber Huber erstrebt mehr: das Gesetz muss aus dem Gedanken des Volkes heraus, dem verständigen Mann vom Herzen gesprochen sein. Dass dieses Ziel wirklich bei jedem einzelnen Artikel erreicht worden, kann nicht gefordert werden; über Bestimmungen, wie etwa die in A. 51, 57, 61, 73, 338, 843, 906—908, 1002 u. a. m., hat sich das Volk schwerlich Gedanken gemacht, und es wäre wohl etwas zu viel gesagt, dass sie dem verständigen Mann „vom Herzen" gesprochen sind. Immerhin bleibt eine grosse Zahl von Sätzen, es sei nur an 182 ff. erinnert, die in der That als Aufzeichnung oder als eine den Ueberlieferungen entsprechende Weiterbildung eines volksthümlichen Rechts gelten dürfen. Ueber die Frage endlich, ob durch den Entwurf der gegenwärtige Rechtszustand wirklich verbessert wird, soweit das zur gegebenen Stunde erreichbar erscheint (S. 3), wird das Urtheil, da sittliche, wirthschaftliche und politische Erwägungen in Betracht kommen, nicht nur bei den verschiedenen Beurtheilern, sondern auch bei den einzelnen Instituten nicht ganz gleichmässig ausfallen; so sehr wir beispielsweise die allgemeine Einführung der Grundbücher, der Freiheit des Ehevertrags, die Einräumung grösserer Selbständigkeit an die Ehefrau (S. 3) und die Erweiterung der Testirfreiheit als wohlthätige Reformen begrüssen, so skeptisch stehen wir dem Nutzen der Erhöhung der Ehemündigkeit der Frauen, der Zwangsgemeinderschaft, der Heimstättengesetzgebung und so manch anderer Norm gegenüber. Kann hiernach der Vorentwurf auch nicht

unverändert en bloc angenommen werden, so bildet er doch eine vortreffliche Grundlage für die weitere Codificationsarbeit.

II. Capitel.

Die Einleitung des Civilgesetzbuches (Rechtsquellen).

Die Einleitung (Art. 1—5) regelt zunächst (unter dem Randtitel „die Herrschaft des Civilrechts") das Verhältniss der Rechtsquellen zu einander. In erster Linie ist das Civilgesetz mit seinen ausdrücklichen, oder durch Auslegung, also auch per analogiam (S. 11 und 35), zu gewinnenden Bestimmungen für massgebend erklärt, eventuell das Gewohnheitsrecht; in dritter Stelle steht die „bewährte Lehre und Ueberlieferung". Das letztere ist bedenklich. Sagen doch die Erläuterungen an anderer Stelle (S. 25) wörtlich: „Unsere volksthümlichen Gerichte verlangen nach unmittelbar praktischen Rechtsvorschriften"; wie soll nun der juristisch ungeschulte Richter die Lehre und Ueberlieferung kennen? wie ist er gar im Stande, die Frage zu prüfen, ob die Lehre „bewährt" sei? — (von der Ueberlieferung ist diese Bewährung anscheinend nicht verlangt) — ein schweizerisches Citirgesetz, wie jenes Kaiser Valentinian III. und Theodosius II., ist undenkbar. Dass der Richter der bewährten Lehre nicht blind, sondern nur im Falle seiner eigenen Ueberzeugung zu folgen hat, — der Zweifel ist ja aufgeworfen worden —, ergiebt sich zwar nicht aus dem Text, aber aus den Erläuterungen S. 37, die nur drei Stufen der Rechtsanwendung (Gesetz, Gewohnheit, Ueberzeugung) nennen; es würde sich übrigens empfehlen, dies im Gesetz selbst klar zu sagen. Noch weit bedenklicher aber erscheint die vierte und letzte Grundlage der Rechtssprechung (A. 1 Satz 3): „Kann er aus keiner dieser Quellen das Recht schöpfen, so hat er sein Urtheil nach der Regel zu sprechen, die er als Gesetzgeber aufstellen würde." Schon Meili hat S. 34 gerathen: „die Verurkundung dieser richterlichen Stellung zu vermeiden"; sie erscheint uns in den Händen des Volksrichters als schwer-

wiegende Gefahr. Soll sich der Volksrichter in die Stelle des Gesetzgebers versetzen, so wird er wohl zumeist damit sich angewiesen glauben, so zu votiren, wie er als Mitglied des Nationalraths oder bei der Ausübung des Referendums votiren würde; hier würde der parteipolitische und religiöse Standpunkt seine Geltung beanspruchen, während den Motiven gerade ein konsequenter, vom politischen Parteistandpunkt abstrahirender idealer Gesetzgeber vorschwebt. Der Uebertragung der Gesetzgebungshoheit würden wir die Verweisung auf die Billigkeit vorziehen, wie dies in dem Kanton Baselland und Freiburg ja der Fall ist[27]). Eventuell wird es sich aber doch wohl empfehlen, die Entscheidung eines von Gesetzgeber, Gewohnheitsrecht, Theorie und Praxis völlig unberücksichtigten Falles der unteren Instanz ganz abzunehmen. Wie sich die alten Schöffen in ähnlichen Fällen an den Oberhof mit der Bitte um Rechtsbelehrung wandten, so sollte das Untergericht, wenn es durch Urtheil das Vorliegen des nach allen Quellen unentscheidbaren Falls festgestellt, sofort — das schützt gegen Rechtsverweigerung — die Akten dem Bundesgericht unterbreiten, das dann die Voraussetzung der Unentscheidbarkeit zu prüfen und durch Plenarentscheid die Lücke im Geiste jenes consequenten Gesetzgebers, den die Erläuterungen im Auge haben, auszufüllen hätte. Weil es sich eben um einen vor dem Gerichte schwebenden Fall handelt[27a]), kann keine politische Behörde competent sein, wäre es selbst die Bundesversammlung oder ein besonderes für derartige Fragen geschaffenes Amt; in letzterer Beziehung hat man doch mit der preussischen Gesetzescommission am Ende des 18. Jahrhunderts zu ungünstige Erfahrungen gemacht[28]). Das Bundesgewohnheitsrecht ist in seiner suppletorischen Function durch A. 2[1]

---

[27]) Huber, System und Geschichte I S. 64.

[27a]) Eben deshalb entzieht die Schwyzer Verfassung von 1876 mit Recht die authentische Interpretation in schwebenden Fällen dem Cantonsrat. Vgl. Huber S. 67.

[28]) Dernburg, Lehrb. des preuss. Pr.R. I S. 15.

anerkannt; die Frage der derogatorischen Wirkung ist damit wohl verneinend entschieden. So interpretirt Meili S. 33; dagegen scheinen die Erläuterungen S. 36 auf dem entgegengesetzten Standpunkt zu stehen. Sie deduciren wörtlich: „Sollte eine solche Beseitigung thatsächlich und ohne die Grundlage irgend einer gesetzlichen Sanction einmal eintreten, so würde das Geschehniss mit seiner Verwirklichung auch seine Anerkennung gefunden haben, so dass eine Berücksichtigung dieses Falles im Gesetze durchaus nicht nöthig ist.“ Gerade dem möchten wir aber widersprechen; sollte sich ein derogatorischer Gewohnheitsrechtsatz in den betheiligten Volkskreisen auch factisch gebildet haben, so hat er damit noch nicht seine richterliche Anerkennung gefunden.

Mit Fr. Endemann[29]) halte ich es für ausgeschlossen, dass der Richter auf die Behauptung eingeht und etwa Beweis erhebt, dass irgend eine Norm des Bürgerlichen Gesetzbuchs durch allgemeine deutsche Uebung ausser Geltung gesetzt wäre; kann es doch, wie Laband in seinem Staatsrecht[30]) so treffend sagt, kein Recht auf gewohnheitsmässigen Ungehorsam gegenüber dem Staatsgesetz geben. Oder sollte wirklich auch der Richter den im A. 6² ausgesprochenen grossen Grundsatz der Rechtsgleichheit verleugnen müssen, weil sich im ganzen Volke oder in den betheiligten Kreisen (Hôtelbesitzer, Hauseigenthümer, Vereine) die Rechtsüberzeugung gebildet, dass etwa den Farbigen gegenüber dieses Princip nicht mehr gelte? Die Erläuterungen könnten einen so schlimmen Schluss beinahe rechtfertigen, denn es heisst S. 62 zwar: „Dagegen sind Gericht und Verwaltung an die Rechtsordnung gebunden, für sie bedeutet der Satz (der Art. 6) die Gleichheit in allen Fällen“, aber sofort folgt die Beschränkung, „wo nicht das objective Recht einen Unterschied macht“; zum objectiven Recht ge-

---

[29]) Einführung in das Stud. des B.G.B. 3. u. 4. Aufl. 1898, S. 52; etwas modificirt, doch in der Hauptsache conform. 8. Aufl. § 9, S. 37 N. 12, Abs. 2 ad b. Vgl. auch neuestens Jurist. Wochenschr. XXX S. 873 ff.

[30]) Laband I S. 580, § 57 N. 1.

hört aber unzweifelhaft auch das Gewohnheitsrecht; und die Erläuterungen sagen unmittelbar vor dem citirten Satze ausdrücklich, „auch das Gewohnheitsrecht kann solche“ (d. h. Unterschiede in der Behandlung der verschiedenen Personenclassen) „fixiren“.

Dem kantonalen Gewohnheitsrechte ist durch A. 3 die Kraft zugeschrieben, soweit das Bundesrecht die Geltung kantonalen Rechts vorbehält, civilrechtliche Bestimmungen aufzustellen oder aufzuheben; hierdurch wäre nicht nur die suppletorische, sondern bedauerlicherweise auch die derogatorische Wirkung in den vorbehaltenen Materien anerkannt. In den nicht den Kantonen vorbehaltenen Materien ist die Bildung jedes particulären Gewohnheitsrechts durch A. 2 ² mit Recht ausgeschlossen; Bedenken erweckt dabei nur die Terminologie: „Gewohnheitsrecht, das als Ortsübung“ ... Einerseits pflegt „Uebung“ doch meist, z. B. in Art. 230 S.O.R. im Sinne des nur factisch ohne opinio necessitatis Geübten angewendet zu werden[31]); andererseits soll doch nicht nur das rein örtliche, sondern jedes nicht gemein-schweizerische Gewohnheitsrecht, auch das in einem oder mehreren Kantonen entstandene abgelehnt werden; daher wäre Landesgewohnheitsrecht[32]) oder etwa besonderes oder particulares Gewohnheitsrecht[33]) vorzuziehen, sofern man sich nicht dazu entschliessen könne, durch die Streichung der ganzen Clausel „als Ortsübung“ die derogatorische Wirkung jedes Gewohnheitsrechts, wie oben befürwortet, auszuschliessen. Nach Meili S. 34 wäre der Ortsgebrauch, der in A. 625, 626 und 630 vorbehalten wird, in Wahrheit auch „Gewohnheitsrecht“; es scheint damit aber wohl nur die Verkehrssitte als Interpretationsmittel des Willens gemeint zu sein.

Die Erfordernisse des Gewohnheitsrechts glaubt der Vorentwurf der Wissenschaft und Praxis überlassen zu sollen.

---

[31]) Vgl. auch Behrend, Handelsrecht I S. 81.

[32]) Cosack, Lehrb. des D.B.R. I S. 39.

[33]) Dernburg S. 75 N. 5.

Die Frage der Autonomie von Gemeinde, Kreis und Bezirk, die in einzelnen Kantonen heute noch das privatrechtliche Gebiet streift[34]), ist in Text und Erläuterungen übergangen, anscheinend also als Rechtsquelle verworfen[35]).

Die Einleitung behandelt noch das Verhältniss des Bundesrechts zu dem kantonalen Recht, sowie zum Ausland. Das kantonale Civilrecht wird vom Bundesrecht gebrochen, soweit nicht das letztere selbst die Geltung des ersteren vorbehält (A. 3); solche Vorbehalte finden sich z. B. bezüglich der Allmendgenossenschaften (A. 108), im Familienfideicommiss- und Stiftungsrecht (A. 362, 2), im Bergrecht (A. 959, 1). Unberührt bleibt ferner die öffentlichrechtliche Gesetzgebungshoheit der Kantone und auch die in das Privatrecht hinübergreifende Berechtigung, gewisse Sachen, wie Gifte, das Pflänzchen Edelweiss, Kirchenörter und Kunstalterthümer (A. 4 und Erl. S. 39) ausser Verkehr zu setzen.

Bezüglich des Verhältnisses zum Ausland beschränkt sich der letzte Artikel (5) der Einleitung nur auf zwei Bestimmungen: Einerseits sollen Staatsverträge dem Civilgesetzbuch vorangehen und zwar sowohl für Schweizer im Ausland, als auch für Ausländer in der Schweiz; andererseits setzt er eine dem § 293 der R.C.P.O. sich annähernde Norm über Ermittelung des ausländischen Rechts mit der subsidiären Anweisung an den Richter, eventuell das schweizerische Civilrecht anzuwenden. Dieser Uebergriff in das Gebiet der Processordnung ist hier, wie in einer Reihe anderer Artikel, bei der processrechtlichen Zersplitterung der Schweiz ein Bedürfniss. Art. 5 gehört übrigens nicht in die Einleitung, sondern sollte mit den zahlreichen sonstigen im Entwurf zerstreuten Collissionsnormen vereinigt werden; der Vorentwurf S. 251 behält sich das aber auch eventuell für den Schlusstitel vor. Empfehlenswerther wäre

---

[34]) Huber, System I S. 61.

[35]) Eine Entscheidung wäre erwünscht. Vgl. jetzt auch Dernburg I S. 57 ff.

ein besonderer Theil, wie dies der zweite Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs mit seinem sechsten Buche beabsichtigt hatte, oder in noch höherem Grade die Verbindung des gesammten internationalen und interkantonalen Privat- und Strafrechts in ein Specialbundesgesetz, wie dies Meili in eingehender Begründung S. 109 ff. vorgeschlagen.

Auf den Inhalt der für jenen „Schlusstitel", dessen Ausarbeitung noch bis zum Ende der Codification verschoben ist, dem Vorentwurf S. 250 ff. beigefügten Anmerkungen (Abschnitt 1) „über die Anwendung fremden und einheimischen Rechtes", die bereits eine sehr scharfe Kritik Meili's hervorgerufen haben, kann an dieser Stelle nicht näher eingegangen werden. Der Vermittlungsversuch zwischen Domicil und Nationalitätsrecht, wonach Geburt und 10jähriger ununterbrochener Wohnsitz in der Schweiz den Ausländer dem schweizerischen Personen-, Familien- und Erbrecht unterwirft (Erl. S. 34), ist zwar höchst originell, aber als halbe Maassregel auch meines Erachtens wenig empfehlenswerth; welche Fülle von Processen würde nicht allein die Frage des 10jährigen Wohnsitzes „ohne Unterbruch" heraufbeschwören. Eher könnte noch die Eintragung in die Consulatsmatrikel als Voraussetzung für Wahrung des Nationalitätsrechts erklärt werden; doch scheint es am richtigsten, unentwegt an der lex patriae festzuhalten.

III. Capitel.

Das Personenrecht.

A) Die physischen Personen.

Das Personenrecht des Vorentwurfs regelt in zwei Titeln mit zusammen 104 Artikeln „die Einzelpersonen" und „die Körperschaften und Anstalten"; es geht aber über den Inhalt der §§ 1—89 Bürgerlichen Gesetzbuchs (natürliche Personen)[36]) in-

---

[36]) Dernburg S. 122 N. 3 hält physische Personen für den besseren Ausdruck; das B.G.B. sagt „natürliche" Personen; noch einfacher

soweit hinaus, als es auch die Handlungsfähigkeit regelt und die Beurkundung des Personenstandes aufgenommen und in dem Titel über die Einzelpersonen als zweiten Abschnitt eingestellt hat. Der erste Abschnitt ist „Das Recht der Persönlichkeit“ überschrieben und beschäftigt sich mit der Persönlichkeit im Allgemeinen (d. h. mit Rechts- und Handlungsfähigkeit, Ehre, Verwandtschaft, Heimath und Wohnsitz), sowie mit dem Schutz und mit dem Anfang und Ende der Persönlichkeit.

1. An die Spitze gestellt sind die beiden grossen Principien der allgemeinen Rechtsfähigkeit und Rechtsgleichheit; der Art. 6 spricht sie erfreulicherweise ausdrücklich aus, während das Bürgerliche Gesetzbuch, das doch auch auf ihnen beruht, sie stillschweigend voraussetzt. Die Rechtsfähigkeit ist proclamirt durch das Kernwort: „Rechtsfähig ist Jedermann“; damit ist auch für die verständigen Ausleger die volle Rechtsfähigkeit der Frau verbürgt; dennoch empfiehlt es sich vielleicht, um jeden Einwand schon im Keime zu ersticken, „jeder Mensch“ statt „Jedermann“ zu setzen. Das Princip der Rechtsgleichheit ist nur „in den Schranken der Rechtsordnung“ anerkannt. Schon oben S. 410 u. 423 wurde bemerkt, dass dieser Ausdruck zu unbestimmt und, da die Rechtsordnung oder das objektive Recht, wie die Erläuterungen S. 62 sich ausdrücken, auch das Gewohnheitsrecht umfasst, geradezu gefährlich, da sie zu einer Durchbrechung des Art. 4 der schweizerischen Bundesverfassung: „Alle Schweizer sind vor dem Gesetz gleich“ auf nicht verfassungsmässigen Weg führen kann. In der Behandlung der verschiedenen Personenclassen sollte nur der Gesetzgeber Unterschiede zu machen befugt sein. — Die Unverzichtbarkeit der vollen Rechtsfähigkeit ist in Art. 25 gewährleistet, der bürgerliche wie der Klostertod durch A. 1 u. 25 beseitigt.

2. Unmittelbar auf diese beiden Principen folgt die Hand-

---

wäre es, wie in A. 71, so auch in der Titelüberschrift schlechthin zu sagen: „Die Menschen.“

lungsfähigkeit. Diese Disposition ist der Systematik des Bürgerlichen Gesetzbuchs, welches die Lehre zerreisst und die Hauptsache erst bei den Rechtsgeschäften bringt, aus den von Endemann S. 122 N. 2 angegebenen Gründen in der Hauptsache vorzuziehen. Immerhin sollte der Satz über den Beginn der Persönlichkeit wie in Deutschland vorausgeschickt werden; die Erläuterungen S. 62 lehnen dies ab, weil das „Gesetz kein Lesebuch“ sei; aber das Bedürfniss streng logischer Systematik besteht doch nicht nur bei Lesebüchern, sondern auch bei Gesetzen. — Die Handlungsfähigkeit des Vorentwurfs giebt nach Art. 7 die „unbeschränkte Fähigkeit, für sich und Andere Rechte und Pflichten zu begründen“, umfasst also sowohl die Geschäftsfähigkeit des Bürgerlichen Gesetzbuchs, als auch die Verantwortlichkeit oder Zurechnungsfähigkeit; dafür wäre aber, da auch Nichthandlungen (Empfang von Willenserklärungen) in Frage kommen können, der von Endemann[37]) unter dem Beifall Eck's kreirte Name „Verkehrsfähigkeit“ angemessen. Uebrigens ist die Clausel „für sich und Andere“ überflüssig oder bei buchstäblicher Interpretation missverständlich; die blosse Handlungsfähigkeit giebt an sich doch Niemanden die unbeschränkte Fähigkeit, für Andere Pflichten zu begründen, dazu bedürfte es doch natürlich der Vollmacht oder der Voraussetzungen der Geschäftsführung ohne Auftrag.

Die Erläuterungen S. 49 unterscheiden formelle und natürliche Unfähigkeit; der Text kennt beide Ausdrücke nicht, der Randtitel nur den letzteren. Formelle Handlungsfähigkeit giebt die „Mündigkeit“, die durch Vollendung des 20. Lebensjahres, Heirath oder Jahrgebung erlangt wird. Das 20. Jahr ist nach den Erläuterungen S. 50 festgehalten wegen der „Uebereinstimmung mit der Voraussetzung des Activbürgerrechts und der Wehrpflicht“; diese Abweichung von der Gesetzgebung der sämmtlichen Nachbarstaaten der Schweiz ist processfördernd und daher in hohem Grade bedauerlich, Meili erklärt

---

[37]) Endemann a. a. O. N. 6.

S. 48 „aus Gründen des internationalen und kosmischen Verkehrs" es als dringend wünschenswerth, das vollendete 21. Lebensjahr als massgebend zu erklären. Dass Activbürgerrecht und Wehrpflicht keinen erheblichen Gegengrund abgeben, beweist die Thatsache, dass jene Uebereinstimmung in den Jahren 1874—1881 fehlte; Activbürgerrecht und Wehrpflicht begannen auch damals mit dem 20. Jahre, während die Volljährigkeit in einzelnen Kantonen mit dem 19., in anderen später begann, sogar das 26. Jahr begegnet; aus jener Divergenz sind aber schwerlich Uebelstände hervorgegangen, da die das Gesetz von 1881 vorberathende Commission einstimmig das 21. Lebensjahr vorschlug [38]), auch der Bundesrath sich diesem Volljährigkeitstermin anschliessen wollte [39]); jener Grund würde ja auch gegen die venia aetatis sprechen. Dass Heirath mündig macht, ist bei der Berathung des Bürgerlichen Gesetzbuchs von Gierke und vielen Anderen [40]) mit guten Gründen gefordert worden; der schweizerische Vorentwurf erscheint hier als Verbesserung. Die Mündigerklärung erfordert, wie in Deutschland, die Vollendung des 18. Lebensjahrs und erfolgt durch die Vormundschaftsbehörde, wenn die Interessen des Unmündigen es verlangen. Zustimmung des Letzteren oder seines Gewalthabers wird, abweichend vom Bürgerlichen Gesetzbuch § 4 nicht erfordert; die Erläuterungen heben S. 63 sogar hervor, dass es nicht ausgeschlossen sei, dass auch gegen den Willen des Unmündigen eine Mündigerklärung erfolgen kann; gerade das aber sollte unbedingt ausgeschlossen sein; A. 436 giebt ihm nur ein Recht, befragt zu werden, kein Veto; wer sich selbst aber noch nicht reif zur Selbstmündigkeit erachtet, dem sollte kein Vormund und keine Behörde die Selbstmündigkeit aufdrängen; beneficia non obtruduntur [41]); welches Interesse

---

[38]) Schneider, Comm. zum Schweiz. Oblig.-Recht, 2. Aufl. 1896, S. 28 N. 5.

[39]) Meili a. a. O.

[40]) Gierke, Der Entwurf eines B.G.B. S. 139 N. 2.

[41]) Vgl. Motive zum D. Entw. I S. 55.

sollte auch höher sein als das eigene Verlangen, den normalen Schutz aller Altersgenossen zu geniessen? Auch die Uebergehung der elterlichen Zustimmung ist durch die Erläuterungen S. 63 nicht genügend gerechtfertigt. Wenn das Gesuch „grundsätzlich vom Unmündigen auszugehen“ hat, so wird die Behörde schwerlich umhin können, auch das von ihm selbst eingereichte Gesuch auf die Frage hin zu prüfen, ob nach Art. 4 seine Interessen die Jahrgebung verlangen; A. 435 und 308 steht, wie A. 474 beweist, eigenen Gesuchen des Mündels an die Aufsichtsbehörde nicht im Wege. Insbesondere ist aber an den Fall zu denken, dass der Vormund der verwittweten Mutter das Nutzungsrecht am Vermögen des Kindes (A. 320) auf dem Wege der Jahrgebung entziehen will; die Behörde wird nach A. 9, der sie nur auf die Interessen des Unmündigen verweist, hier oft geneigt sein, ja zuweilen nach Art. 9 sich verpflichtet fühlen, um dem Unmündigen diese Nutzungen zuzuwenden, dem vormundschaftlichen Antrag der Jahrgebung stattzugeben; auf die Unbill, die damit der Mutter zugefügt wird, braucht, ja darf die Behörde nicht Rücksicht nehmen, die Interessen des Mündels geben den Ausschlag. Die Kränkung der elterlichen Rechte, die Schwächung der elterlichen Autorität ist aber gewiss kein Ziel der Gesetzgebung[42]). Die Reception des § 4 Bürgerlichen Gesetzbuchs in seiner wohlerwogenen Fassung scheint hier empfehlenswerth; nur der Schlusssatz würde nach Art. 8, 2 wegzufallen haben.

Die natürliche Handlungsunfähigkeit des Vorentwurfs entspricht der objectiv fehlenden Urtheilsfähigkeit (Erl. S. 52). Die schwierige Begriffsbestimmung des Handlungsunfähigen ist durch Art. 10 in der Art erfolgt, dass zunächst die vier Hauptursachen genannt werden, — „Wer sich in Folge von Kindesalter, Geisteskrankheit, Geistesschwäche, Trunkenheit“, — und dass dann mit der generalis clausula fortgefahren wird: „oder aus ähnlicher Ursache ausser Stande befindet, die

[42]) Vgl. Motive zum D. Entw. I S. 56.

Beweggründe und die Folgen seines Verhaltens richtig zu erkennen oder einer richtigen Erkenntniss gemäss zu handeln." Meili S. 47 erklärt die Fassung als Verbesserung gegen die frühere Formulirung, doch empfiehlt er die Streichung der letzten sieben Worte und hält § 104 Bürgerl. Gesetzbuchs für besser.

Dagegen erachtet Rümelin mit guten Gründen die Fassung des Entwurfs für vorzüglicher, als die übliche vom freien Willen, und jene hat auch die Zustimmung einer schweizerischen Commission von Irrenärzten gefunden (Erl. S. 51).

Folge der natürlichen Handlungsunfähigkeit ist, von der möglicherweise eintretenden Stellung unter Vormundschaft hier abgesehen, die rechtliche Wirkungslosigkeit des Verhaltens „mit Vorbehalt der gesetzlichen Ausnahmen" (A. 11); gerade hier wäre die Artikelcitation besonders nothwendig[43]). Dass die Handlungsunfähigen sich abgesehen vom Fall der A. 58 S.O.R. durch unerlaubte Handlungen nicht ersatzpflichtig machen, folgt a contrario aus dem Schlusswort des Art. 12. Uebrigens dürften in dem Satztheil „durch sein Verhalten für sich keine rechtliche Wirkung herbeizuführen" (A. 11) die Worte „für sich" zu streichen sein; der Handlungsunfähige (Trunkene, Geisteskranke) führt doch auch als Vertreter „für Andere" keine rechtliche Wirkung herbei; es handelt sich hier nicht, wie im Falle des § 165 Bürgerlichen Gesetzbuchs um beschränkte Geschäftsfähigkeit, sondern um Geschäftsunfähigkeit im Sinne des § 104; die Erläuterungen S. 53 sagen ja auch ganz generell, dass „von Rechtsfolgen einer Handlung nicht mehr die Rede sein könne". Trotz bestehender Urtheilsfähigkeit fehlt die Handlungsfähigkeit formell den Unmündigen und den sämmtlichen Entmündigten, deren sieben Kategorien (A. 396 bis 399) im Vormundschaftsrecht zu besprechen sind. Immerhin

---

[43]) Vgl. die Ausführungen (Besitz, Deliktsoblig. und ungerechtfertigte Bereicherung) bei Rümelin a. a. O. Die Erl. S. 64 erinnern an Art. 58, 61, 62 S.O.R. u. a.

können nach A. 12 Abs. 2 auch die Entmündigten und die Unmündigen, „insofern sie die natürliche Handlungsfähigkeit besitzen", ohne Zustimmung ihrer Vertreter Rechte erwerben oder sich von Pflichten befreien, „die höchst persönlichen Rechte ausüben und sich durch unerlaubte Handlungen ersatzpflichtig machen". Da keine Ausnahme gemacht wird, bezieht sich dieser Satz auch auf die entmündigten Geisteskranken während der lichten Zwischenräume; hiergegen spricht aber das Interesse der Rechtssicherheit[44]). Für die gewährte beschränkte Handlungsfähigkeit ist zum Theil A. 30, 2 (nicht 32) des S.O.R. vorbildlich gewesen (Erl. S. 64); doch ist dort durch das Wort „lediglich" der Geschäftskreis richtigerweise etwas eingeschränkter, als hier; § 107 Bürgerlichen Gesetzbuchs ist noch schärfer gefasst. Viel zu weitgehend scheint auch die Befugniss, die höchstpersönlichen Rechte auszuüben; denn zu diesen gehören nach der herrschenden Doctrin nicht nur die Familienrechte, sondern auch Leibzucht, Niessbrauch, die Mitgliedschaftsrechte, die Näherrechte, Erbrechte und manche Forderungsrechte[45]); nach den Erläuterungen S. 64 ist das Wort freilich in einem anderen Sinne gemeint: „zum Schutz der Persönlichkeit oder zur Geltendmachung von Rechten, die nicht vermögensrechtlichen Charakter haben;" diese Beschränkung sollte im Gesetz selbst stehen; im Interesse der Rechtssicherheit ist hier Artikelcitation erwünscht[46]). — Der Entwurf lehnt, im Gegensatz zum Bürgerlichen Gesetzbuch § 104 und dem gemeinen Recht es ab, die natürliche volle Handlungsunfähigkeit der Kinder durch Aufstellung der Altersstufe der Kindheit formell auszusprechen; es stellt also die Prüfung der Urtheilsfähigkeit dem richterlichen Ermessen in jedem

---

[44]) Motive I S. 130, vgl. auch Zitelmann in Bekker-Fischer, Beitr. I S. 38. Anderer Meinung Hölder, Zum allg. Th. d. Entw. 1883 S. 61 (Arch. f. d. civ. Pr. 73) und Rümelin S. 53.

[45]) Gierke, Das Privatrecht I S. 263 N. 20; Stobbe I § 66 S. 633.

[46]) Vgl. Endemann § 29 S. 130, der N. 10 die in Frage kommenden Paragraphen des B.G.B. sorgfältig zusammengestellt hat.

Einzelfalle anheim; auch das liegt nicht im Interesse der Verkehrsicherheit[47]).

Die Handlungsfähigkeit des Ausländers bei Abschluss von Rechtsgeschäften in der Schweiz ist in Art. 13 entsprechend dem geltenden schweizerischen Bundesrecht und A. 7 Abs. 3 des deutschen Einführungsgesetzes, also im Sinne der Aufrechterhaltung des Rechtsgeschäftes geregelt. Dieser von Marcusen gebilligten Generalisirung des Princips der Wechselordnung A. 84 ist Meili S. 115 N. 1 heftig entgegengetreten. Meines Erachtens geht A. 13 insofern zu weit, als er auch für Rechtsgeschäfte der Ausländer unter einander und nicht nur für den Verkehr von Ausländern mit Schweizern gelten will; ein Ehevertrag oder Erbvertrag, den zwei 20jährige Reichsdeutsche in der Schweiz mit einander abschliessen, sollte der Berufung auf die Minderjährigkeit der Contrahenten nicht entzogen sein.

3. Ehre. Während das Bürgerl. Gesetzbuch der Ehre nur an vereinzelten Stellen des Familienrechts (§§ 1318, 1568, 1666, 1781) und Erbrechts 2237 und 2333—2336) Erwähnung thut, hat der Vorentwurf im Personenrecht der Ehrverminderung zwei Artikel (14 und 15) gewidmet, und die Erläuterungen beschäftigen sich S. 46, 47, 65 und 66 eingehend mit ihr. Es werden zwei Arten der Individualehre unterschieden: die Herabsetzung in der bürgerlichen Ehre durch strafgerichtliches Urtheil und die sogen. Unehrenhaftigkeit, d. h. die Führung eines unehrenhaften Lebenswandels. Jene Herabsetzung bewirkt eine doppelte temporäre Unfähigkeit: einerseits zum Solemnitätszeugniss, (A. 15) das entspricht §§ 1318 und 2237 des Bürgerlichen Gesetzbuchs und dem § 173 Z. 2 des Reichsges. v. 17. Mai 1898; andererseits zur Vormundschaft, ohne jedoch entsprechend § 1781 Ziffer 4 Bürgerlichen Gesetzbuchs eine Ausnahme für Verwandte absteigender Linie zuzulassen; das ist immerhin bedauerlich, denn der Vater kann bei der Vormundschaft über entmündigte

[47]) Schneider, Comm. S. 30 N. 1.

grossjährige Kinder in Frage kommen, und selbst in des Ehrlosen Brust kann das Vaterherz noch schlagen[48]). Es würde sich übrigens kaum empfehlen, die Herabsetzung der Ehre nach Maassgabe des Deutschen Genossenschaftsgesetzes bei Genossenschaften als gesetzlichen Ausschliessungsgrund zu erklären; Art. 685 S.O.R. genügt. Weit schwerwiegendere Bedenken bestehen gegen die Folgen der sogen. Unehrenhaftigkeit; denn Art. 14 entzieht bei Führung eines unehrenhaften Lebenswandels „den Anspruch auf richterlichen Schutz für die Rechte, die nach Gesetzesvorschrift oder nach allgemeiner Ueberzeugung und richterlicher Würdigung die Ehrenhaftigkeit des Berechtigten voraussetzen". Mit vollem Recht nennt Meili S. 46 diesen Artikel „unheimlich weit gefasst", und sein Vorschlag, statt des zu streichenden principiellen Satzes die einzelnen Fälle anzugeben, — seiner Exemplification ist noch Art. 161 und 414 hinzuzufügen — erscheint durchaus berechtigt.

Nun meinen freilich die Erläuterungen S. 47, dass mit den Einzelvorschriften die Bedeutung des Grundgedankens nicht erschöpft sei, und sie verweisen auf den Fall, dass Jemand für eine Reihe von Jahren Geld auf ein Haus dargeliehen hatte, in dem darauf hin ein Bordell errichtet worden ist; aber hier könnte der Gesetzgeber vielleicht abhelfen, indem er analog der Gefährdung der Sicherheit (Art. 798 B.G.B. § 1133) auch bei Zweckveränderung des beliehenen Grundstücks dem Gläubiger das Recht sofortiger Befriedigung aus dem Grundstück, resp. auf Wiederherstellung des früheren Zustandes einräumt; auch würde die Einfügung eines der Parömie: „Wichtiger Grund sprengt jeden Bund" entsprechenden Satzes in den allgemeinen Theil des Obligationenrechtes sich als ausreichend erweisen. Jedenfalls scheint der Nutzen des Art. 14 durch seine Gefahr weit überwogen. Und welche Schwierigkeiten für den gewissenhaften Richter! Ist es schon schwierig,

---

[48]) Das neue deutsche bürgerl. Recht in Sprüchen III S. 344.

die Frage zu entscheiden, ob ein Lebenswandel unehrenhaft, ob ein vielleicht pathologischer Trieb zu Spiel, Trunk oder sexuellen Verirrungen ein Laster ist — und auf Lasterhaftigkeit weisen die Erläuterungen S. 65 ausdrücklich hin —, so ist es noch weit schwerer, darüber zu richten, ob ein subjectives Recht nach „allgemeiner Ueberzeugung und richterlicher Würdigung“ die Ehrenhaftigkeit des Berechtigten voraussetzt; die eigene Ueberzeugung des Richters soll hier nicht ausreichen, sondern er muss ja auch thatsächlich feststellen, dass diese Voraussetzung der Ehrenhaftigkeit für das bestimmte Recht allgemeine Ueberzeugung ist. — Der Besitz einer besonderen Gesellschafts-, Berufs- oder Standesehre wird in den Erläuterungen S. 46 treffend als für das bürgerliche Recht bedeutungslos erklärt.

4. Verwandtschaft und Schwägerschaft. Art. 16 und 17 entsprechen inhaltlich durchaus B.G.B. §§ 1589 u. 1590; auch hier ist trotz Annahme des erbrechtlichen Parentelensystems die Gradberechnung die des römischen Rechtes; Tod und Scheidung bricht auch hier Schwägerschaft nicht. Da nun die Unterstützungspflicht nach Art. 354 wie im Recht der wälschen Cantone[49]), jedoch entgegen dem Bürgerlichen Gesetzbuch auch die in gerader Linie Verschwägerten trifft, so ergiebt sich das in den Erläuterungen S. 66 anerkannte Resultat, dass der Schwiegersohn auch nach dem Tode der Frau und der aus dieser Ehe hervorgegangenen Kinder die einstigen Schwiegereltern zu unterstützen verpflichtet ist; das ist aber denn doch unbillig, da das Correlat der Erbberechtigung fehlt; Eheschliessungen dürfte es nicht fördern; es überlastet den Schwiegersohn namentlich dann, wenn er mehrere Ehen nach einander geschlossen hat; nach dem Code 206 cessirt übrigens diese Pflicht, „lorsque celui des époux qui produisait l’affinité, et les enfants issus de son union avec l’autre époux, sont

[49]) Huber I S. 183.

décédés“; aber selbst diese minimale Concession hat der Entwurf nicht gemacht!

5. Unter dem Randtitel „Heimath und Wohnsitz“ wird zunächst in Art. 18 und 19 Erwerb und Besitz des Bürgerrechts erörtert. Die Gleichstellung der Ausdrücke Heimath und Bürgerrecht entspricht wohl nicht ganz dem ausserschweizerischen deutschen Sprachgebrauch. Gemeint ist anscheinend die Staats- und Gemeindeangehörigkeit; die Letztere hat freilich „im heutigen deutschen Rechte jede Bedeutung für die allgemeine Privatrechtsfähigkeit eingebüsst“ [50]). Für dies Bürgerrecht werden „die Vorschriften des Staates oder der Gemeinde, um die es sich handelt“ bestimmend erklärt (Art. 18); gegen die Fassung hat sich schon Meili S. 49 ausgesprochen. Warum dem Erwerb der Besitz und nicht der Verlust gegenübergestellt ist, ist nicht näher begründet. Zu dem Wort „Erwerb“ bemerken die Erläuterungen S. 67: „den Erwerb, d. h. den Beweis des erworbenen Rechts“. Das ist aber nicht so recht zutreffend; Beweis und Erwerb decken sich nicht; der Beweis bestimmt sich stets nach der lex fori, nicht aber, wie der Erwerb des ausländischen Bürgerrechts, nach dem fremden Recht. Bei Concurrenz der Bürgerrechte entscheidet nach Art. 19 dasjenige, das mit Wohnsitz sich combinirt hat, eventuell wie im geltenden schweizerischen Rechte, das zuletzt erworbene. Nach dem älteren Vorentwurf von 1896, Art. 14 wurde der Wohnsitz an dem Orte begründet, wo man sich mit der Absicht dauernden Verbleibs regelmässig aufhält; der neue Vorentwurf Art. 20 hat das Wort „regelmässig“ aus seiner Definition gestrichen. Es scheint nicht gerade präcis, den Wohnsitz als Ort zu definiren, wo sich Jemand (im Präsens) aufhält; das Adverb „regelmässig“ oder seine Streichung vermag daran nichts zu ändern; denn der Aufenthalt endet mit jeder Reise, den Wohnsitz aber hebt die Reise nicht auf, vielmehr bleibt nach Art. 21 der einmal begründete Wohnsitz bis

[50]) Gierke I S. 451.

zum Erwerb eines neuen bestehen. In der Streitfrage, ob mehrere Domicile statthaft, entscheidet sich der Entwurf für die Unzulässigkeit, also für die französische Auffassung und das geltende schweizerische Gesetz [51]) im Gegensatz zum B.G.B. § 7, Abs. 2. Das mag allerdings den Vorzug der entschiedenen Vereinfachung (Rümelin S. 55) für sich haben; aber, wenn Art. 21² sagt: „Niemand kann an mehreren Orten zugleich seinen Wohnsitz haben", so verschliesst der Gesetzgeber mit diesem Satze doch seine Augen vor den thatsächlich bestehenden Verhältnissen; der Wirth, der ein Hôtel für den Winter an der Riviera und für den Sommer in Zermatt betreibt, hat in Wirklichkeit nicht nur zwei Niederlassungen, sondern zwei zeitlich wechselnde wirkliche Wohnsitze [52]), denn an beiden Orten hält er sich mit der Absicht dauernden Verbleibens auf; mindestens ist das Hülfszeitwort „kann" ungeeignet und durch eine andere Wendung zu ersetzen, etwa: Ein mehrfacher Wohnsitz wird gesetzlich nicht anerkannt. Gegen den Art. 21, 2 hat sich auch Meili S. 50 erklärt. Eine Bestimmung über die Aufhebung des Wohnsitzes, wie sie B.G.B. § 7 Abs. 3 enthält, ist wohl als entbehrlich wegzulassen. Der gesetzliche Wohnsitz ist in Art. 23—25 geregelt. Dass der Randtitel hierbei die Ehefrau mit den Kindern unter dem Ausdruck „nicht selbständige Personen" zusammenfasst, dürfte die Führer der Frauenbewegung verletzen und widerspricht der in den Erläuterungen S. 3 kundgegebenen Tendenz. Von dem Grundsatz, dass der Wohnsitz des Mannes als Wohnsitz der Frau gilt, werden in Art. 22, 2 die erforderlichen Ausnahmen gemacht, die im Allgemeinen dem § 10 des Bürgerlichen Gesetzbuchs entsprechen; wünschenswerthe Redaktions-

---

[51]) Ueber die Interpretation durch das Bundesgericht vgl. Meili S. 50.

[52]) Endemann S. 159 N. 9. Vgl. auch Dernburg S. 144 N. 12. Dass die deutschen Motive S. 77 so nichtssagend wären, wie Barazetti S. 32 N. 13 zweimal behauptet, ist hiernach nicht zuzugeben. Cosack S. 87 erinnert an schlesische Grossgrundbesitzer, die zugleich in Breslau und auf ihrem Landgut wohnen.

änderungen schlägt Meili S. 50 vor. Als gesetzlicher Wohnsitz der gewaltunterworfenen Kinder gilt der Wohnsitz von „Vater und Mutter"; hierbei bleibt die Frage offen, wie es zu halten, wenn die Eltern verschiedene Wohnsitze haben, während die elterliche Gewalt ihnen nach Art. 300 gemeinsam zusteht; soll der Wohnsitz des Vaters auch dann entscheiden, wenn die Kinder mit oder ohne väterliche Zustimmung bei der Mutter in deren selbständigem Wohnsitze leben? Der gesetzliche Wohnsitz der Anstaltsinsassen ist (unter Ausschliessung der Lehranstalten) durch Art. 24 ausdrücklich, derjenige der Militärpersonen stillschweigend verneint. Dagegen ist für die exterritorialen Beamten ein wahres privatrechtliches Domicil in A. 23 constituirt, also nicht nur ein forensisches, wie in R.C.P.O. § 15, und zwar im Heimathort. Gegen die innere Berechtigung dieses Satzes hat sich Meili S. 51 erklärt; übrigens enthält Art. 23 keine Definition des Begriffes „Heimathort" (er scheint mit dem Bürgerrechtsort von Art. 18 identisch zu sein. — Die von Meili S. 51 gewünschte Bestimmung über das domicile élu bezweckt nur die Erleichterung der Rechtsverfolgung und ist daher im Bürgerlichen Gesetzbuch (Mot. I S. 69), wie vom Vorentwurf richtigerweise nicht getroffen. Die Abhängigkeit des Wohnsitzes von der elterlichen Gewalt widerspricht der deutschen Auffassung, und in der That ist nicht das Gewaltsverhältniss, sondern die wirkliche oder präsumtive häusliche Gemeinschaft die Grundlage des abgeleiteten Domicils [53]). Der Entwurf überträgt consequent seine Auffassung der Coincidenz von Gewalt und Wohnsitz auch auf die vormundschaftliche Gewalt und erklärt den Sitz der Vormundschaftsbehörde zum Wohnsitz der bevormundeten Personen, A. 22, 1. Die Thatsache der Bevormundung ändert aber doch an und für sich nichts an dem bestehenden örtlichen Verhältniss, und es erscheint daher logischer, nach dem bisherigen

---

[53]) Rehbein, Comm. S. 23 N. 5; Gareis, Comm. S. 20 N. 5, Motive I S. 75 ff.

Wohnsitz der bevormundeten Person die Competenz der Vormundschaftsbehörde zu bestimmen (wie in Deutschland)[54]), als umgekehrt.

6. Unter dem Randtitel „Schutz der Persönlichkeit“ wird deren Unveräusserlichkeit und Rechtsschutz, sowie der Namensschutz behandelt. In Art. 25 wird die Unverzichtbarkeit der Rechts- und Handlungsfähigkeit proclamirt und zwar nicht nur die totale, sondern auch die partielle. Bei aller Sympathie mit dem Grundgedanken dürfte doch bezüglich des theilweisen Verzichts der Handlungsfähigkeit die Frage sich aufdrängen, ob der Entwurf hier nicht zu weit geht; die Uebernahme der Verpflichtung, ein Jahr lang keinen Wechsel zu acceptiren, ist doch wohl auch ein theilweiser Verzicht auf die Handlungsfähigkeit; führen doch die Erläuterungen S. 48 Unverbindlichkeit der unbeschränkten Conkurrenzclausel, Herabsetzung der Conventionalstrafen u. a. m. im geltenden Recht auf die Unverzichtbarkeit der Rechtsfähigkeit zurück. Sollte nun wirklich dem Vertragsbrüchigen, dem etwa ein Freund unter der Bedingung, kein Wechsel zu zeichnen, Geld auf ein Jahr geliehen, gegen die bei Contravention vor Jahresablauf erhobene Darlehnsklage der Einwand zustehen, jene Bedingung sei aus A. 25 nichtig? Oder sollte eine noch so mässige Conventionalstrafe, die gegen den Wirthshausbesuch oder gegen die Geschäftsabschlüsse am Sonntag gerichtet ist, nicht gültig sein, weil auf die Fähigkeit, im Wirthshaus Getränke zu bestellen oder am Sonntag Kaufverträge abzuschliessen, auch nicht temporär wirksam verzichtet werden kann? Die durch Streichung des „theilweise“ bei dem Verzicht auf die Handlungsfähigkeit entstehende Lücke wird übrigens, soweit sie unberechtigt ist, ausgefüllt durch A. 25 Abs. 2, demzufolge Niemand sich seiner Freiheit entäussern kann oder in ihrem Gebrauch „über Gebühr“ beschränken darf; als Maassstab der Gebühr soll dabei nach den Erläuterungen S. 48 dasjenige

---

[54]) Freiwill. Gerichtsbarkeit Ges. § 36; Endemann II § 214 N. 3.

dienen, „was allen gerecht ist, und was jeder für sich selbst als gerecht anerkennen muss“.

Noch bedenklicher um seiner generellen und viel zu elastischen Fassung willen ist der bereits von Laband, Meili, S. 30, und Rümelin, S. 45 ff. angefochtene A. 26 über den Rechtsschutz der Persönlichkeitsrechte (vgl. oben S. 414); denn er giebt jedem, der in seiner Person unbefugterweise angegriffen wird, das Recht, auf Beseitigung der Störung, sowie auf Schadensersatz und unter Umständen — d. h. nach richterlichem Ermessen (Erläut. S. 68) — auf Leistung einer Geldsumme als Genugthuung zu klagen. Was unter einem Angriff in der „Person“ zu verstehen, ist auch aus den Erläuterungen, die an drei Stellen (S. 27, 48 und 68) auf den Artikel eingehen, nicht mit Sicherheit zu entnehmen, selbst nicht aus S. 68, wo als „Object der Verletzung“ die „Persönlichkeit“ bezeichnet wird, mit dem Zusatz, dass das „in Art. 55 S.O.R. gemeint, aber nicht gesagt ist.“ Die Auslegung Barazettis, S. 36, dass nichts anderes als die injuria des Römischen Rechts gemeint sei, hat Rümelin S. 45 treffend abgelehnt.

Folgende eingeschränktere Fassung dürfte dem wirklichen Bedürfniss nach civilrechtlichem Rechtsschutz der Persönlichkeit wohl genügen: „Wer an Leib, Leben, Gesundheit, Freiheit oder Ehre widerrechtlich angegriffen wird, ist berechtigt, Unterlassung und Beseitigung der Beeinträchtigung, bei Verschulden des Angreifers auch Schadensersatz und in besonders schweren Fällen daneben auch noch Leistung einer Geldsumme als Genugthuung zu verlangen.“

7. Name. Als Specialfall des Schutzes der Persönlichkeit ist der Namenschutz angereiht und in A. 27 geregelt. Wie in § 12 Bürgerlichen Gesetzbuchs werden die beiden Fälle der Namensbestreitung und der Namensanmassung unterschieden, aber nicht, wie dort, mit der nämlichen, sondern mit verschiedener Wirkung bedroht. Bei Namensbestreitung, die besonders bei ungültiger Eheschliessung oder bei bestrittener Vaterschaft vorkommen wird, ist dem davon Betroffenen nur

das Recht zugestanden, bei der zuständigen Behörde auf Feststellung seines Rechts zu klagen; der Zusatz: „bei der zuständigen Behörde“ ist überflüssig, denn „klagen“ kann man nur dem Richter; auch die Erläuterungen S. 69 sprechen von der „richterlichen Feststellung“; auch wäre statt Feststellung zu setzen: Anerkennung und Unterlassung[55]); die Erläuterungen S. 69 verweisen noch auf die Möglichkeit, auf Grund des allgemeinen Persönlichkeitsschutzes oder des S.O.R. mehr als blosse Feststellung zu verlangen; das sollte doch in Abs. 1 durch einen Zusatz (etwa: unbeschadet etwaiger Ansprüche aus Art. 26 und S.O.R. 50 ff.) im Interesse der Rechtssicherheit ausgesprochen werden[56]).

Die häufiger vorkommende Namensanmassungsklage setzt, wie nach Bürgerlichem Gesetzbuch, eine Interesseverletzung voraus und geht nicht nur auf Unterlassung, sondern auch auf Schadensersatz und „unter Umständen“ auf Genugthuung; für die beiden letzteren Ansprüche sollte doch Verschuldung verlangt werden[57]). Bei dem lebhaften Streit um die Schutzberechtigung des Pseudonyms wäre eine gesetzliche Entscheidung doch erwünscht; auch die Frage, ob Adelsprädikate zum Namen gehören, ist in der Schweiz nicht gegenstandslos[58]).

Obschon die obrigkeitliche Gestattung von Namensänderungen, streng genommen, über das Privatrecht hinaus-

---

[55]) Vgl. Opet im Arch. f. civ. Praxis 87 S. 378. Endemann S. 162 u. Hölder, Comm. S. 103; Gareis, Comm. S. 21 N. 2 giebt eine Feststellungsklage aus C.P.O. § 256 und daneben die Widerspruchsklage gegen Bestreitung.

[56]) Ueber die analoge Streitfrage, ob neben § 12 B.G.B. auch § 823 in Frage komme, vgl. Endemann S. 161 N. 2; für die Verneinung Kohler.

[57]) Vgl. Hölder, Comm. S. 105. Anderer Vorschlag für die Redactionsänderung bei Meili S. 52 und der von ihm citirte Stückelberg S. 160.

[58]) Vgl. Meyer v. Schauensee, Was ist Namensbestandtheil? in Schweiz. Centralbl. f. Staats- u. Gem.-Verw. II N. 11 u. 12.

geht[59]), hält der Entwurf es doch mit Recht für nöthig, die Zulässigkeit derselben unter dem einheitlichen Recht ausser Zweifel zu stellen (Erl. S. 69). Uebrigens ist Art. 28 dürftig genug, da er nur die Berechtigung der Regierung des Heimathkantons, sowie die Registrirungspflicht im Civilstandsregister ausspricht und die irrige Schlussfolgerung abwehrt, dass dadurch eine Veränderung des Personenstandes bewirkt werde.

Der Willkür der Kantonsregierungen wird bundesrechtlich nur scheinbar eine Schranke gezogen, indem das Vorliegen „hinreichender Gründe“ als Voraussetzung der Bewilligung verlangt wird; welche Gründe hinreichen sollen, wird eben nicht einmal angedeutet, und die Erläuterungen S. 69 haben daher nicht unrecht, wenn sie sagen, dass der Regierungsrath „nach seinem Ermessen“ über das Gesuch entscheidet. Es sollte aber doch dem Bürger gegen willkürliche Versagungen Rechtsschutz gewährt sein. Schon Meili hat S. 53 eine Blumenlese unerfreulicher Namen gegeben und acht Gründe berechtigten Namenswechsels zusammengestellt; es lassen sich noch andere Gründe beifügen; so kann der auf ausländische Abstammung hinweisende Name dem patriotischen Sinn widerstreben und auch dem Fortkommen nicht selten im Wege stehen; auch ist es recht begründet, wenn Jemand den Namen eines berüchtigten Verbrechers nicht tragen will. Willkürliche Ablehnung des Namenswechsels verbittert und führt zu Umgehung des Verwaltungsactes mittels Adoption (A. 289 und 293). Andererseits kann auch eine vollkommene Freiheit des Namenswechsels, selbst wenn sie an Registrirung geknüpft wäre, nicht befürwortet werden, da hierdurch Namensanmassungsprocesse heraufbeschworen werden würden; am geeignetsten erscheint das System eines blossen Veröffentlichungsverfahrens, um berechtigten Interessen Gelegenheit zu Einspruch zu geben[60]).

---

[59]) Hölder S. 101.

[60]) Vgl. Gierke § 83 N. 10; Levi, Vorname und Familienname ein Recht, 1888. S. 35 ff.

Es erscheint übrigens eventuell nicht recht praktisch, gerade dem Heimathskanton die Bewilligung zu überlassen; der Kanton des Wohnsitzes hat ein Interesse daran, dass die in ihm Niedergelassenen nicht den Namen eines angesehenen Kantonsbürgergeschlechts annehmen; dem Heimathskanton fehlt Interesse und oft genug auch Kenntniss der Verhältnisse, zumal wenn der Angehörige schon lange die Heimath verlassen hat; mindestens wäre ein Aufgebot oder doch eine Anfrage im Wohnsitzkanton geboten, ehe der Heimathskanton zur Bewilligung schreiten dürfte. — Dass die Hinzufügung des Namens der Ehefrau zum eigenen Namen unberechtigt sei, wird von Endemann S. 163 N. 14 angenommen; für die Schweiz trifft dies gewiss nicht zu.

8. Anfang der Persönlichkeit. Die Persönlichkeit beginnt nach § 29 „mit dem Leben ausserhalb des Mutterschosses“. Diese Fassung wird, gegenüber dem § 1 Bürgerlichen Gesetzbuchs von Barazetti S. 41 als die verständlichere, von Meili S. 44 als die klarere gerühmt; aber sie bringt das entscheidende Erforderniss des vollständigen Heraustretens des lebenden Kindes aus dem Mutterleibe doch nicht so genau, wie erwünscht, zum Ausdruck; denn sie lässt die Frage offen, ob nicht auch etwa schon ein Athemzug, ein Schrei im Geburtsact nach Durchtritt des Kopfes vor der völligen Ausstossung des Rumpfes als Leben „ausserhalb des Mutterschosses“ anzusehen sei. Diese Frage würde durch die Fassung abgeschnitten, dass die Persönlichkeit mit dem vollständigen Austritt des Kindes aus dem Mutterleib beginne[61]). Jede solche Umschreibung ist jedoch, wie die Erläuterungen S. 69 mittheilen, nach näherer Ueberlegung abgelehnt worden; das ist zu bedauern; denn, wenn auch die medicinischen Ansichten über den Begriff des Lebens wechseln mögen, so ist doch eine gesetzliche Entscheidung möglich und nöthig, ob das „ausserhalb des Mutterschosses“ im Sinne des ganzen und

---

[61]) Vgl. Zitelmann, Recht des B.G.B. I S. 43; Crome S. 195; Endemann S. 115; Eck, Vortr. S. 37; Dernburg S. 124 bei N. 3.

theilweisen Ausserhalbbefindens gemeint sei. — Wie im Bürgerlichen Gesetzbuchs ist Vitalität und Möglichkeit der Zwitter und Monstra stillschweigend abgelehnt. —

9. Als Ende der Persönlichkeit ist „der Tod“ genannt; es empfiehlt sich, ein Adjectiv (physisch und leiblich) hinzuzufügen, um mit den letzten Resten der mort civile in Waadt (und Wallis)[62]) aufzuräumen; auch die Frage des Klostertodes[63]) sollte ausdrücklich entschieden werden.

Während das Bürgerliche Gesetzbuch die Reproduktion des allgemeinen Satzes „nasciturus pro jam nato habetur, quotiens de commodis ipsius partus quaeritur“ als unnöthig und wegen der Schwierigkeit, ihn zutreffend zu beschränken, abgelehnt[64]) und nur für bestimmte Rechtsverhältnisse vereinzelte Fürsorge und Bestimmungen getroffen hat, hat der Vorentwurf A. 29 Abs. 2 die erste Hälfte der Parömie aufgenommen in der Fassung: „Vor der Geburt ist das Kind unter dem Vorbehalt rechtsfähig, dass es lebendig geboren wird.“ Die Beschränkung auf die „commoda“ ist absichtlich weggelassen; auch die Lasten und Pflichten, insbesondere die verwandtschaftliche Unterstützungspflicht, sollen für die Zeit vor der Geburt mit dem Erbschaftserwerb für den nasciturus begründet sein (Erl. S. 70).

Für Anfang und Ende der Persönlichkeit stellen Art. 30 und 32 „Beweisregeln“ auf, die vielleicht im Civilgesetzbuch deplacirt, doch willkommen sind. Alle Lebens-, Ueberlebens- und Todesvermuthungen sind, von der Verschollenheitserklärung einstweilen abgesehen, abgelehnt, nur die Commorientenpräsumtion ist aufgenommen: nach Art. 30, 2 gelten mehrere gestorbene Personen mangels Gegenbeweises stets als gleichzeitig gestorben, und zwar auch dann, wenn der Tod nicht in einer gemeinsamen Gefahr erfolgt ist; die höchst unzweckmässige Beschränkung des Bürgerlichen

---

[62]) Huber I S. 140.

[63]) A. a. O. S, 142. Vgl. Gierke I S. 364.

[64]) Motive I S. 29.

Gesetzbuchs § 20 ist also fallen gelassen (Erl. S. 54 und 71). Mit Recht sind auch die Vorversterbenspräsumtionen des gemeinen und des französischen Rechts verworfen. Als hauptsächliche, aber keineswegs alleinige Beweismittel für Geburt und Tod sind die richtigen Civilstandsurkunden erklärt; das Wort „Civilstandsurkunden“ scheint die Eintragungen und die Auszüge zu umfassen; doch ist im Abschnitt von der Beurkundung des Personenstandes nur von der Beweiskraft der Eintragung gesprochen (A. 37), obschon von Auszügen in Art. 39, 2 und 52 die Rede ist. Welche „andere“ Beweismittel zugelassen werden, insbesondere ob auch, wie in Deutschland[65]), Eideszuschiebung statthaft, ist, wie die Frage der Beweiswürdigung, dem Kantonalrecht ganz überlassen. Eine bedeutsame Neuerung enthält die in Folge eines concreten Falls — vgl. Meili S. 45 — geregelte Todesannahme zu Folge bezeugten Verschwindens. A. 32 lautet: „Der Tod einer Person kann, auch wenn Niemand die Leiche gesehen hat, als erwiesen betrachtet werden, wenn die Person vor glaubwürdigen Zeugen unter Umständen, die ihren Tod als sicher annehmen lassen, verschwunden ist.“ Als Beispiele eines solchen so gut wie gewissen Todes erwähnen die Erläuterungen S. 54 und 71: Verschüttung bei einem Bergsturz, Vernichtung bei einer Explosion, Verschwinden in einer Gletscherspalte, Untersinken in einem reissenden Gebirgsgewässer. Der Thatbestand geht über denjenigen der deutschen Unfallverschollenheit (B.G.B. § 17) hinaus, denn nicht nur Gefahr, sondern das „Verschwinden vor glaubwürdigen Zeugen“ ist Voraussetzung; dafür soll es in solchen Fällen auch keiner formalen, umständlichen Verschollenheitserklärung bedürfen, sondern die Todesannahme soll erfolgen können, „wenn trotz richterlicher Aufforderung binnen einer angemessenen Frist keine Anzeichen dagegen geltend gemacht worden sind“. Die Neuerung ist verdienstvoll. In der Fassung dürfte die Clausel „auch wenn Niemand die Leiche

---

[65]) Crome S. 197 N. 2.

gesehen hat“ ohne Nachtheil wegbleiben, da ja vom „Verschwinden“ der Person die Rede ist; auch das Erforderniss „vor glaubwürdigen Zeugen“ kann nicht nur, wie die Erläuterungen S. 71 als möglich hinstellen, in „nach Zeugniss“ abgeschwächt, sondern ganz gestrichen werden; bei einer nächtlichen Katastrophe, die etwa, wie der Goldauer Sturz, ein ganzes Dorf begräbt, wird es an Augenzeugen überhaupt fehlen. Notorietät und sonstige Beweismittel werden hier unter Umständen das Zeugniss ersetzen können; die Cautel gegen Missgriffe liegt, — von der fruchtlosen „richterlichen Aufforderung“ ganz abgesehen, — in dem Requisit, dass das „Verschwinden unter Umständen, die den Tod als sicher annehmen lassen“, richterlich festgestellt werden muss (Erl. S. 71). Dem Deutschen Reich genügt ja auch, wo es sich nicht um formelle Todeserklärung handelt, die freie richterliche Beweiswürdigung, die aus den erwiesenen Thatsachen den Schluss auf das Ableben des Menschen zieht[66]).

Die französische Uebersetzung „indices contraires“ ist verständlicher, als das deutsche: „Anzeichen dagegen“; dem deutschen „dagegen“ fehlt doch wohl adjectivische Bedeutung; man fragt, gegen was die Anzeichen geltend gemacht werden sollen und sucht das gemeinte Substantiv; das können aber die beiden zunächst voranstehenden Substantive (Frist und Aufforderung) gewiss nicht sein; das weiter zurückstehende „Annahme“ scheint gemeint. Es wäre daher vielleicht empfehlenswerth, „Anzeichen dagegen“ entweder durch „Gegenanzeichen“ zu ersetzen, oder den zweiten Absatz so zu fassen: „Diese Annahme darf nur erfolgen, wenn gegen sie trotz . . . keine Anzeichen geltend gemacht worden sind.“ Der Sprachgebrauch des Vorentwurfs schwankt übrigens; der deutsche Text des Art. 32 spricht von Annahme, der französische von présomption, der nahe verwandte Art. 65 von richterlicher Feststellung, constatation des Todes.

---

[66]) Endemann S. 165.

10. Die deutsche Todeserklärung ist ersetzt durch die Verschollenheitserklärung des französischen Rechts, unter Vereinfachung der verwickelten[67]) Bestimmungen des Code. Voraussetzung ist die höchste Wahrscheinlichkeit des Todes und zwar: entweder wegen Verschwindens in hoher Todesgefahr vor Jahresfrist, oder wegen 5jähriger kundloser Abwesenheit (A. 33 und 34). Volljährigkeit des Verschollenen ist im Gegensatz zum Bürgerlichen Gesetzbuch § 14 Abs. 1 Satz 2 leider nicht erfordert. Die Erklärung erfolgt nur auf Antrag bei Gericht (A. 34, 2), im Fall des Art. 567 auf Ersuchen der zuständigen Behörde. Antragsberechtigt ist jeder, der aus dem Tode Rechte ableitet. Glaubhaftmachung der begründeten Thatsachen ist nicht erfordert. Es erfolgt eine öffentliche Aufforderung an alle, die neuere Nachrichten über den Abwesenden ertheilen können; der Abwesende selbst wird, im Gegensatz zu § 964 R.C.P.O. nicht ausdrücklich zur Meldung aufgefordert; es scheint dies aber in Art. 34 doch stillschweigend zu liegen, da Art. 35 auch von der Selbstmeldung spricht. Das Minimum der Aufgebotsfrist beträgt 1 Jahr seit der ersten „Auskündung", und gleichzeitig 2 Jahre seit der Gefahr, resp. 6 Jahre seit der letzten Nachricht. Die Art der Auskündung ist nicht speciell geregelt, sondern durch das Wort „ausreichend" in das Ermessen des kantonalen Gerichts gestellt. Ermittelungen finden, im Gegensatz zu § 968 C.P.O. nicht statt; es fehlt die Natur des deutschen Officialverfahrens[68]).

Nach fruchtlosem Ablauf der Aufgebotsfrist wird der Verschwundene oder Abwesende für verschollen erklärt, vermuthlich durch Urtheil, doch ist dies nicht gesagt. Die Wirkung dieser Erklärung wird in § 36 dahin bestimmt: „es können die aus seinem Tode folgenden Rechte geltend gemacht werden, wie wenn der Tod bewiesen wäre". Sie wirkt also thatsäch-

---

[67]) Barazetti, Personenrecht nach dem Code Nap. § 22 ff. und Vorentwurf S. 50.

[68]) Endemann S. 169 N. 17.

lich wie eine Todespräsumption (Rümelin S. 56), mithin wie die deutsche Todeserklärung [69]). Wie diese wirkt sie auch declarativ ex tunc, aber diese Wirkung tritt nicht erst mit dem Zeitpunkt, in welchem die Erklärung zulässig geworden, also nicht erst mit dem Ablauf der 1- resp. 5jährigen Frist seit Verschwinden oder der letzten Nachricht ein, sondern schon viel früher; sie wird nämlich, im Gegensatz zur deutschen Todeserklärung, „auf den Zeitpunkt des Verschwindens oder der letzten Nachricht zurückgezogen“, also auf einen Moment, wo der Verschollene, wie Rümelin S. 56 sehr treffend bemerkt, höchst wahrscheinlich noch gelebt hat. Dass dieser Zeitpunkt in der Verschollenheitserklärung selbst festgestellt wird, wie nach Bürgerlichem Gesetzbuch § 18, sagt der Entwurf leider nicht. Eine privilegirte Verschollenheitserklärung (See-, Kriegs- und Unfallsverschollenheit) kennt der Entwurf nicht; es ist bei den kurzen Fristen des Art. 34, bei der politischen und continentalen Lage der Schweiz und im Hinblick auf A. 32 wohl auch kein dringendes Bedürfniss dafür. Eine Lebensvermuthung (B.G.B. § 19) lehnen die Erl. S. 55 anscheinend ab.

Die Ehe des Verschollenen erlischt, wie bei der deutschen Todeserklärung, nicht sofort; während aber der zurückgebliebene Ehegatte in Deutschland ohne Scheidung das Recht der Wiederverheirathung erlangt und mit der Schliessung der zweiten Ehe die frühere der Regel nach aufgehoben wird, bedarf es nach dem Vorentwurf A. 121 der gerichtlichen Auflösungserklärung, die nach den Vorschriften über die Ehescheidung erfolgt und entweder mit der Verschollenheitserklärung verbunden oder in einem besonderen Verfahren ausgesprochen werden kann. Die gerichtlich aufgelöst erklärte Ehe bleibt auch aufgelöst, wenn der Verschollene lebt und zurückkehrt; der berühmte von vier Dichtern, Tennyson, Guy de Maupassant, Houwald und Wichert besungene

---

[69]) B.G.B. § 18; Endemann S. 170 N. 23. Vgl. auch Erl. S. 56: „Insofern stimmt die Wirkung mit einer ausdrücklichen Todeserklärung überein.“

„psychische Conflikt“ ist dem Heimgekehrten ganz erspart; er ist auch nicht, wie nach Bürgerlichem Gesetzbuch, „in die Seele der neuen Ehegatten verlegt“ [70]). Mit den Erläuterungen S. 125 ist die Auffassung des Entwurfs als die „praktisch richtigere“ Lösung zu erachten; wie alle gerichtlich Geschiedenen, die einander wieder heirathen wollen, den Weg durch das Civilstandsamt gehen müssen, so ist dieser Weg auch dem unverheirathet gebliebenen Gatten bei der Rückkehr des Verschollenen nicht erspart; dass dies gegenüber der Rechtsvereinfachung kein grosser Uebelstand ist, hat Rümelin S. 57 treffend bemerkt. Auf die erbrechtlichen Wirkungen (A. 563—567: Beerbung der Verschollenen nur gegen Caution auf 5 resp. 15 Jahre, Rückerstattung bei Rückkehr des Verschollenen oder bei Geltendmachung der Ansprüche von besser Berechtigten, amtliche Verwaltung und Herausgabe der ihm angefallenen Erbschaften und eventueller Anfall an das Gemeinwesen) soll an anderer Stelle näher eingegangen werden.

Die ganze Regelung der Verschollenheit im Entwurf verdient in der That das ihr schon von anderer Seite gemachte Lob der Vereinfachung; die Hauptmängel des französischen Systems sind vermieden, insbesondere jene bloss vorläufige Besitzeinweisung der Erben nach der Verschollenheitserklärung, die nur den Charakter des dépôt hat, damit aber das Vermögen dem freien Verkehr für unverhältnissmässige Zeit entzieht, die Rechtssicherheit gefährdet, insofern sie zur Täuschung über die Verfügungsgewalt des Besitzers Anlass giebt, und durch das Unsichere des Verhältnisses nachhaltig auf die Art der Verwaltung zurückwirkt (Motive I S. 37) [71]). Diesen Nachtheil hat der Vorentwurf dadurch vermieden, dass er die eingewiesenen Personen nicht bloss zu Besitzern, sondern

---

[70]) Hachenburg, Vorträge S. 45. Vgl. auch Meili S. 45 N. 1.

[71]) Vgl. auch die tadelnden Bemerkungen von Riesenfeld, Verschollenheit, S. 27 ff., und Heinsen in den Verhandlungen des XX. deutschen Juristentags Bd. I S. 280.

zu Erben macht, obschon unter dem Vorbehalt einer Restitution (Erl. S. 56), wie dies auch nach Bürgerlichem Gesetzbuch § 2031 der Fall ist. Nur in zwei Punkten wirkte leider die französische Auffassung nach; einerseits durch die oben beklagte zu weit gehende Retrotraction des Todestages[72]), andererseits durch das Erforderniss der vieljährigen Sicherheitsleistung der Erben (für 15 Jahre in der Regel, resp. 5 Jahre im Fall hoher Todesgefahr oder bis zum 100. Lebensjahre des Verschollenen) (A. 563); damit ist aber eine unwirthschaftliche Festlegung von Capitalien resp. Grundstücksbelastung verbunden, die nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch durchaus erspart bleibt. Uebrigens kann es sehr wohl vorkommen, dass die deutsche Todeserklärung früher ergeht, als die schweizerische Verschollenheitserklärung.

11. Der zweite Abschnitt des Titels über die „Einzelpersonen“[73]) regelt in 33 Artikeln die Beurkundung des Personenstandes. Die Erläuterungen S. 73 räumen völlig die Ueberladung dieses Abschnittes mit verwaltungsrechtlichem Detail ein und hoffen selbst auf eine Entlastung im Lauf der Berathungen; sie begründen diese Divergenz zwischen dem eigenen Wunsch und der eigenen That mit dem wohl politisch gerechtfertigten Bedürfnisse, das Bundesgesetz betreffend die Feststellung und Beurkundung des Civilstandes und der Ehe vom 24. December 1874 im wesentlichen beizubehalten.

So ist denn dies Gesetz mit etwelchen Modificationen (unter Verweisung des Eheschliessungs- und Scheidungsrechts in das Familienrecht) herübergenommen. Da dasselbe seinerseits nach dem Muster des Preussischen Gesetzes vom 9. März 1874 entworfen wurde, so besteht eine grosse Verwandtschaft zwischen dem Vorentwurf und dem (jenem preussischen Mutterrecht nachgebildeten) deutschen Reichsgesetz vom 6. Februar

---

[72]) Vgl. Brunner auf dem XXI. deutschen Juristentag, Bd. III S. 180 u. 436.

[73]) Vgl. über die Bezeichnung oben N. 36.

1875. Doch fehlen einerseits alle Strafvorschriften und begreiflicherweise auch die auf Militär, Seefahrer und fürstliche Familien bezüglichen Normen, während andererseits eine Reihe von Bestimmungen über die Anzeige und Eintragung bei Leichenfund und ähnlichen Fällen (A. 59, 60, 64 und 65) und auch über die Haftbarkeit hinzugetreten sind. In letzterer Beziehung erklärt Art. 40 „die Civilstandsbeamten und die ihnen unmittelbar vorgesetzten Aufsichtsorgane persönlich für allen Schaden haftbar, den sie oder die von ihnen ernannten Angestellten durch ihr Verschulden verursachen.“ Dass der Satz nicht ganz klar ist, hat schon Meili S. 54 mit Recht gerügt, und er hat die genauere Bezeichnung jener Organe verlangt. Aber mit der Haftung bloss jener Organe ist dem Geschädigten nicht immer gedient, denn auch die Regierungsräthe können unvermögend sein; wie nach Art. 998 „die Kantone für allen Schaden verantwortlich“ sind, „der durch die Beamten und Angestellten der Grundbuchverwaltung oder die Organe der unmittelbaren Aufsicht verursacht wird,“ so müssen auch die Kantone für die Standesbeamten und deren Aufsichtsorgane für haftbar erklärt werden. Es ist das um so nöthiger, als ein dem § 89 (in Verbindung mit § 31) Bürgerlichen Gesetzbuchs wirklich entsprechender Artikel über die Haftung des Fiscus im Vorentwurf (trotz A. 109) leider fehlt, vgl. unten S. 455. Auf alle Details kann hier nicht eingetreten werden, nur folgende Punkte seien hervorgehoben:

A. 37 Abs. 2 legt den formrichtigen Eintragungen volle Beweiskraft bei, solange ihre Unrichtigkeit nicht dargethan wird; die in § 15 Abs. 2 des deutschen Gesetzes und A. 11 des geltenden Bundesgesetzes in der Beweiskraft gleichgestellten Auszüge, von denen doch in Art. 39 Abs. 2 und 52 die Rede ist, sind, wie oben S. 445 bemerkt, nicht erwähnt. Diese durch die Erläuterungen S. 73 nicht begründete Weglassung der Auszüge könnte zu einer Argumentation a contrario verleiten und damit die Beweisführung höchst erschweren.

Unter den Disciplinarmitteln (A. 42) fehlt im Gegensatz zum deutschen § 11 die Warnung.

Neben Geburts-, Todes- und Heirathsregister schreibt der Entwurf A. 43 noch ein dem deutschen Recht fremdes besonderes Register der Eheversprechen vor [74].

A. 46 und 47 verpflichtet den Standesbeamten des Ortes, wo die zu beurkundende Thatsache eingetreten ist, zur schriftlichen Anzeige an den Standesbeamten der Heimath und des Wohnsitzes von Personen, die in einem anderen Orte wohnen oder heimathberechtigt sind; da diese Beschränkung des geltenden Gesetzes Art. 4 ad b. „in einem anderen Civilstandskreise wohnhaft oder heimathberechtigt“ nicht aufgenommen ist, so scheint damit dem schweizerischen Standesbeamten bezüglich der zahlreichen Ausländer eine grosse und oft unerfüllbare Arbeitslast aufgebürdet. Dass diese Anzeigepflicht den Beamten und nicht den Anmeldungspflichtigen trifft, ist übrigens in Art. 47 nicht gesagt, aber doch wohl gemeint.

Berichtigung einer Eintragung darf nach A. 50 nur ausnahmsweise, nämlich in der Regel nur auf Anordnung des „zuständigen Richters“ erfolgen; Meili S. 55 wünscht die nähere Bestimmung der Zuständigkeit; es empfiehlt sich daher § 11 Abs. 3 Satz 2 des deutschen Gesetzes wörtlich hinüber zu nehmen; auch der erste Satz jenes deutschen § 11 Abs. 3 (über die gerichtliche Anweisung des Standesbeamten zum Vornehmen einer abgelehnten Amtshandlung) verdient den Vorzug vor Art. 41, der nur die kantonale Aufsichtsbehörde (vgl. A. 28) resp. den Bundesrath für competent erklärt.

Die Anzeigepflicht der Geburt ist an eine weit kürzere Frist als in Deutschland — 3 Tage in der Schweiz, dort 1 Woche — geknüpft und auch auf die nach dem 6. Monat der Schwangerschaft erfolgte Fehlgeburt ausgedehnt; letztere

---

[74]) Die Erläuterungen S. 74 widersprechen dem Text (Art. 43 u. 69), insofern sie angeben, dass über die Nothwendigkeit eines besonderen Eheversprechensregisters der Vorentwurf keine Angabe enthält.

Bestimmung ist bei der häufigen Unsicherheit des Schwangerschaftsbeginns und des Alters der Fötus bedenklich. Die Eintragung einer Todtgeburt in das Geburtsregister (§ 56) sollte, wie in Deutschland (§ 23) unterbleiben. Dass auch die patentirten Aerzte, wie die Anstaltsvorsteher, zur schriftlichen Anzeige befugt sein sollen, ist eine zu billigende Neuerung auch dem deutschen Gesetz § 19 gegenüber. Dass die Eintragung der Heimath ausser dem Wohnort bei allen in Betracht kommenden Individuen in Art. 56 und 63 gefordert wird, — Art. 140 verlangt sogar Heimath-, Geburtsort und Wohnort der Nupturienten — geht über die Anforderungen des deutschen Gesetzes §§ 22, 54 und 59 hinaus und hat jedenfalls für solche Ausländer, die gar kein Heimathsrecht im schweizer Sinne haben (vgl. oben N. 50), keine Berechtigung; für sie sollte eventuell die Angabe des Geburtsorts oder der Staatsangehörigkeit ausreichen, wie letzteres bei Handelsregistereintragungen — Reichsdeutschen und Nordamerikanern z. B. in Zürich — gestattet wird; der in der Schweiz über 2 Jahre niedergelassene Norddeutsche hat in Deutschland nicht einmal mehr einen Unterstützungswohnsitz, geschweige denn stets ein Bürgerrecht; er wird auf die Frage nach der Heimath oft nur den Geburtsort angeben können, während für den Schweizer dieser Ort der Heimathsort oft gar nicht sein wird. Auch das letzte deutsche Domicil wird nicht stets als Heimath gelten können; man denke nur an den Fall, dass der in Preussen Geborene in Sachsen oder Baden ohne Erwerb des dortigen Staatsbürgerrechts sich niedergelassen hatte.

Beibehalten ist mit Recht die dem deutschen Gesetz fremde[75]) Eintragung der Verschollenheitserklärung in das Register der Todesfälle. Die Eintragung der Naturalisation hat Meili S. 55 befürwortet. Der von ihm im Interesse der Leichenverbrennung beanstandete Ausdruck „Bestattung“ in Art. 67 umfasst doch wohl auch die Feuerbestattung mit.

---

[75]) Sicherer, Comm. S. 393; Barazetti S. 57.

Die Strafbestimmungen des Art. 59 des geltenden Gesetzes sind nicht in den Entwurf hinübergenommen; die Erläuterungen schweigen darüber, an welcher Stelle die ganz unentbehrliche Sanction der Eintragungspflicht erfolgen solle; besser doch im Civilgesetzbuch, als gar nicht; droht doch auch das S.O.R. A. 864 Ordnungsbussen an.

IV. Capitel.

B) Die juristischen Personen.

1. Der zweite Theil des Personenrechts regelt in vier Abschnitten mit zusammen 40 Paragraphen die Körperschaften und Anstalten. Die herkömmliche Gesammtbezeichnung — juristische Personen — ist im Gegensatz zum Bürgerlichen Gesetzbuch und S.O.R. Art. 719 vermieden; ebenso der von Gierke gewählte Name der Verbandspersönlichkeit (Erl. S. 43 ff.). Dagegen schliesst sich der Vorentwurf diesem Rechtslehrer in der Eintheilung insofern an, als den Corporationen nicht, wie hergebracht, und auch im Bürgerlichen Gesetzbuch, die Stiftungen, sondern die Anstalten gegenüber gestellt sind, während die Stiftung ihrerseits nur als Unterart der Anstalt aufgefasst wird.

Es ist das nicht empfehlenswerth, denn ein fester Begriff kommt, wie Endemann I S. 176 N. 4 mit Recht bemerkt, dem Ausdruck „Anstalt“ nicht zu; der gewöhnliche Sprachgebrauch verwendet ihn ja auch für Einrichtungen, in denen jede Annahme einer juristischen Person ausgeschlossen ist, so für private Lehranstalten und gewerbliche Geschäfte (z. B. lithographische Anstalten, Versatzanstalten von Pfandleihern (A. 890 Randtitel), also für Vermögensobjecte, nicht Rechtssubjecte. Eine dritte Kategorie von juristischen Personen kennt der Vorentwurf nicht; der Staat, den auch Gierke (D.Pr.R. I S. 475) als besondere Art von Verbandspersonen behandelt, ist in seiner privatrechtlichen Rechtssubjectivität nicht speciell geregelt, muss vielmehr unter eine der beiden Kategorien,

der „öffentlichrechtlichen Körperschaften und Anstalten“, für die Art. 109 das öffentliche Bundes- und Kantonalrecht vorbehält, untergebracht werden. Dabei heben die Erläuterungen S. 91 die Möglichkeit hervor, dass die Haftbarkeit zu einer besonderen kantonalen Vorschrift Veranlassung geben kann; das ist bedauerlich; für den um seinen privatrechtlichen Anspruch gegen den Fiscus durch Kantonalgesetz gekommenen Bürger ist es gar kein Trost, dass „nicht Privatrecht, sondern öffentliches Recht“ von den Kantonen geschaffen ist. Eine dem § 89 Bürgerlichen Gesetzbuchs entsprechende Vorschrift, die Art. 75 über die Haftung der Körperschaft oder Anstalt für ihre Organe auf den Fiscus von Bund und Kantonen bundesrechtlich anwendbar erklärt, ist unbedingt erforderlich. — Hereditas jacens kommt in Folge Anerkennung des Satzes „der Todte erbt den Lebenden“ (A. 577) nicht vor.

Der Unterschied der Körperschaft und Anstalt wird mit Recht nicht in dem Gegensatz von Selbstregierung und Regirtwerden gesucht[76]), — denn ein Verein bleibt auch bei statutarisch unabänderlicher Satzung ein Verein —, sondern mit der älteren Theorie in dem Substrat; so sagen die Erläuterungen S. 44: „den Körperschaften ist als Unterlage wesentlich eine Vereinigung von Personen, den Anstalten eine Sache, ein Vermögenswerth[77]).“ Dann sollte aber auch Art. 70 dahin gefasst werden, dass die Personenverbindungen und die einem eigenen Zwecke gewidmeten Vermögen das Recht der Persönlichkeit haben; anstatt dessen ist aber dies Recht neben den „körperschaftlich eingerichteten“ Personenverbänden, den „einem eigenen Zwecke gewidmeten und selbständigen Anstalten“ zugesprochen; damit ist aber der doppelten Controverse über den Begriff der Anstalt und der

[76]) Vgl. Cosack S. 90 und Crome S. 234.

[77]) Uebrigens ist nicht Vermögenswert, sondern Vermögen selbst die Basis. Werth ist nur ein Urtheil; vgl. Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts II S. 79.

Selbständigkeit der Anstalt Thür und Thor geöffnet. Auch bei den Personenverbänden ist das Erforderniss der „körperschaftlichen Einrichtung“ — trotz der Worte der Erläuterungen S. 75 „deutlich gemeint ist die äussere Gestalt“ — zu unbestimmt, als dass eine wirklich feste Abgrenzung von den Gesellschaften gegeben wäre. Der erste Abschnitt giebt in 8 Artikeln „allgemeine Bestimmungen“ für alle juristischen Personen.

2. Die Rechtsfähigkeit, die die juristischen Personen nach den Erläuterungen S. 58 „eigentlich doch nur in Bezug auf die Vermögensfähigkeit besitzen“, geht nach dem Text des A. 71 doch über das Vermögensrecht hinaus; denn er erklärt sie principiell für aller Rechte und Pflichten fähig und nimmt (ausser den Beschränkungen der todten Hand in A. 72) nur solche Rechte aus, die die Zustände oder Eigenschaften des Menschen zur selbstverständlichen Voraussetzung haben. Die Vermuthung streitet hiernach für Rechtsfähigkeit und nicht dagegen; daraus würde an sich folgen, dass den juristischen Personen, von activer Testamentsfähigkeit ganz abgesehen, auch Ehre und Ehreschutz voll zugestanden sei; und doch schränken die Erläuterungen S. 57 mit guten Gründen den Schutz gegen Ehrenangriffe auf die Fälle ein, wo die Ehre in ihrer ökonomischen Bedeutung für den Credit in Frage steht. Warum der Gesetzgeber diese Frage nicht ebenso genau sollte entscheiden können, wie der Gesetzesverfasser, ist nicht recht erfindlich. — Der auch den juristischen Personen gebührende Namensschutz (vgl. Meili S. 52 N. 3) ist durch die Art. 27 und 71 als zuerkannt zu erachten.

Die Beschränkbarkeit der todten Hand (A. 72) entspricht dem deutschen Einführungsgesetz A. 86 nicht ganz; es bestehen erhebliche Unterschiede. Einerseits beginnt die particularrechtliche Beschränkbarkeit in Deutschland erst bei 5000 Mark und zwar gleichmässig für Fahrniss und Liegenschaft, während sie im Vorentwurf für Fahrniss schon bei 1000 Franks anfängt und für Liegenschaften überhaupt ohne Minimalgrenze besteht. Andererseits ist in der Schweiz nur

die unentgeltliche Zuwendung beschränkbar, während in Deutschland jeder Erwerb, auch der Erwerb gegen Entgelt [78]) durch Landesgesetz beschränkt werden kann. Sodann kann das deutsche Landesgesetz den Erwerb überhaupt beschränken, während das Kantonalgesetz ihn nur an staatliche Bewilligung knüpfen darf. Eine Ausnahme für Zuwendungen an den Bund ist nicht gemacht, wäre aber doch wohl angemessen. Schranken für Schenkungen an Ordensmitglieder, wie sie Einführungsgesetz A. 87 kennt, sind dem Vorentwurf fremd. Endlich ist durch Art. 72 [2] die Bewilligung des Bundesraths zu jedem Erwerb von Liegenschaften durch öffentliche Corporationen und Anstalten des Auslandes erfordert. Uebrigens ist der Vorentwurf bei Grunderwerb durch Ausländer weniger engherzig, als das deutsche Einführungsgesetz A. 88, das nicht nur bezüglich juristischer, sondern auch bezüglich natürlicher ausländischer Personen den Einzelstaaten die Befugniss lässt, staatliche Genehmigung zum Grunderwerb zu erfordern, ein Recht, von dem Hamburg und Hessen, sofern nicht Gegenseitigkeit verbürgt ist, wirklich Gebrauch gemacht haben [79]). Eine einheitliche Regelung der Beschränkung der todten Hand wäre doch erwünscht. Ausländische juristische Personen werden in der Schweiz als solche anerkannt mit der gerechtfertigten Beschränkung, dass der Umfang ihrer Rechtsfähigkeit keinesfalls über das Schweizer Recht hinausgeht (A. 70, Erl. 75). In Art. 73 wird der Wohnsitz der juristischen Person entsprechend Bürgerlichem Gesetzbuch §§ 24 und 80 geregelt, doch hat die kürzere Bezeichnung „Sitz“ keine Aufnahme gefunden.

3. Die Handlungsfähigkeit der juristischen Personen beginnt nach A. 74 „sobald in Uebereinstimmung mit dem

---

[78]) Endemann S. 173 N. 11.

[79]) A. a. O. S. 112 N. 2. Auch in den Art. 644—668 findet sich keine Beschränkung für Grundeigenthumserwerb durch Ausländer, während das geltende Recht nicht nur von Obwalden und Uri, sondern auch von Bern, St. Gallen, Wallis und Genf solche Beschränkungen der Fremden kennt. Vgl. Huber I S. 151.

Gesetz und den Statuten die hierzu unentbehrlichen Organe bestellt sind." Die Erläuterungen S. 45, 58 und 78 vertreten wiederholt die Auffassung, dass die sogenannten Organe Theile und nicht nur, wie nach Bürgerlichem Gesetzbuch §§ 26 und 86 Vertreter (resp. Vormünder) der juristischen Person seien; diese Auffassung habe praktische Bedeutung, da andernfalls „unerlaubte Handlungen von den juristischen Personen niemals begangen werden könnten," eine Deduction, der ich im Anschluss an Cosack (S. 106 und 107) nicht beitreten kann. Da es nach A. 10 ohne Erkenntnissfähigkeit keine Handlungsfähigkeit giebt, die Erkenntnissfähigkeit aber nur dem menschlichen Denkvermögen zukommt, so kann man, ohne in das Gebiet der Mystik zu verfallen, einer juristischen Person, insbesondere einem Vermögensinbegriff Erkenntnisfähigkeit nicht zuschreiben, während das gesetzgeberische Machtgebot, die Handlungen gewisser mit Urtheilskraft begabter Menschen als für andere nicht so begabte Rechtssubjecte berechtigend und verpflichtend anzusehen, wie im Vormundschaftsrecht, so auch hier, ebenso begreiflich, als nothwendig erscheint. Das Wörtchen „hierzu" vor „unentbehrlich" in A. 74 ist übrigens sprachlich nicht ganz correct, da in dem Satze das erwartete Substantiv „Handlungsfähigkeit" ganz fehlt; das Adjectiv „handlungsfähig" in Abs. 1 („die Körperschaften sind handlungsfähig, sobald") füllt die Lücke nicht. Welche Organe zur Handlungsfähigkeit „unentbehrlich" sind, sagt A. 74 nicht; Verweisung auf A. 86 und 100 wäre angezeigt. — Unter dem Randtitel „Ihre Bethätigung" erklärt A. 75 in etwas schwungvoller Weise zunächst die Organe für „berufen", dem Willen der juristischen Person „Ausdruck zu geben", und fährt dann fort: „sie verpflichten diese in Ausübung ihres Amts, sowohl durch den Abschluss von Rechtsgeschäften als durch ihr Verhalten ausser Vertrag". Dieser wichtige und materiell durchaus richtige Satz, der den §§ 26, 31 und 86 Bürgerlichen Gesetzbuchs entspricht, giebt doch in der Fassung zu Bedenken Anlass. Das Wort Amtsausübung, an dem schon Meili S. 58

Anstoss genommen, liese sich durch die Wendung „Ausführung der ihnen zustehenden Verrichtung“ (nach § 31 B.G.B.) ersetzen; aber auch „Verhalten ausser Vertrag“ ist sprachlich unschön und kein richtiger Gegensatz zu dem „Abschluss von Rechtsgeschäften“. — Mit Recht sind die handelnden Personen (A. 75, 3) neben der juristischen Person für ihr Verschulden als verantwortlich erklärt worden; der Zusatz „persönlich“ ist dabei überflüssig oder missverständlich.

4. Die Aufhebungsgründe werden für Vereine und Stiftungen besonders bestimmt (A. 93—95 resp. 106 und 107); für andere juristische Personen ist die Frage nach kantonalem Privatrecht resp. nach dem öffentlichen Recht (A. 108—109) zu entscheiden. Dagegen enthalten die allgemeinen Bestimmungen noch gemeinsame Normen über die Vermögensverwendung und über die Liquidation. In ersterer Beziehung wird durch A. 76 im Gegensatz zu Deutschland[80]) dem Landesrecht auch bezüglich der Anstalten anscheinend gar kein Spielraum gelassen, sondern bundesrechtlich das Vermögensschicksal geregelt. Dabei ist für den Fall gerichtlicher Auflösung der Anfall an das Gemeinwesen zwangsweise vorgeschriehen, also — im Gegensatz zu Bürgerlichem Gesetzbuch §§ 45 und 88 — unter Nichtbeachtung aller entgegenstehenden statutarischen Bestimmungen, während in allen sonstigen Aufhebungsfällen dieser Anfall nur subsidiär eintritt, und in erster Linie Gesetz, Statuten und Stiftungsurkunde massgebend sind. Das Gemeinwesen ist nicht, wie nach Bürgerlichem Gesetzbuch § 45, der Fiscus des Bundesstaats, in dessen Gebiete der Verein seinen Sitz hat, sondern Bund, Kanton oder Gemeinde, je nachdem die Körperschaft oder Anstalt diesem Gemeinwesen „nach ihrer Bestimmung angehört hat.“ Der Unbestimmtheit der letzteren

---

[80]) Vgl. Hölder, Comm. zu § 88. — Allerdings behält A. 76 in erster Linie „das Gesetz“ vor; das scheint aber doch wohl nur auf das Bundesgesetz, nicht auf kantonale Gesetze sich zu beziehen.

Wendung, die bei grossen Objecten nur Processe zwischen den verschiedenen politischen Verbänden provociren kann, ist die Verweisung auf den Sitz vorzuziehen. Dass die Bestimmung resp. der Zusammenhang einer juristischen Person sich in der That so „leicht werde feststellen lassen“, wie die Erläuterungen S. 79 annehmen, ist nicht für alle Verbände zuzugeben; man denke nur an einen über mehrere Kantone ausgebreiteten politischen oder religiösen Verein. Sprachlich wäre in A. 76 Abs. 1 dem wohl nur auf einen Specialfall hinweisenden Worte „aufgehoben“ das generellere Wort „aufgelöst“, dessen sich auch A. 76 Abs. 2 und §§ 74 ff. Bürgerlichen Gesetzbuchs bedienen resp. die Wendung „geht unter“ vorzuziehen. — A. 76 [3] entspricht ganz dem Bürgerlichen Gesetzbuch § 46 Satz 2 resp. 88 (möglichst zweckentsprechende Vermögensverwendung); hier, wie dort fehlt es aber an der wünschenswerthen Anerkennung einer Rechtspflicht, einer quasipopulären Klagberechtigung rechtlicher Interessenten und an Androhung von Rechtsfolgen gegen die Zuwiderhandlung[81]). Das Liquidationsverfahren folgt dem Schweizer Genossenschaftsrecht S.O.R. 711—714; die Sperrfrist beträgt nur ½ Jahr; auf die sonstigen kleineren Abweichungen vom Deutschen Recht (§§ 47 bis 53 und 88) kann hier nicht eingegangen werden.

5. Der zweite Abschnitt ist „die Vereine“ überschrieben, regelt aber keineswegs alle, sondern nur die einen „nicht unmittelbar wirthschaftlichen Zweck“ verfolgenden Vereine, also, wie Bürg. Gesetzbuch § 21, wohl nur die sogen. Idealvereine. Mit Rücksicht auf die gemischten Vereine[82]) wäre vor „Zweck verfolgen“ in A. 78 die Einschiebung „ausschliesslich oder hauptsächlich“ empfehlenswerth. Das Beiwort „unmittelbar“ scheint für die Abgrenzung nicht ausreichend; denn ein Verein kann sehr wohl gleichzeitig einen

[81]) Vgl. Hölder, Comm. zu § 46 Satz 2.

[82]) Vgl. die Beispiele bei Endemann S. 186 N. 6 Erl. S. 81; vgl. auch Entscheid. des schweiz. Bundesgerichts vom 3. Mai 1901 (Schweiz. Blätter f. Handelsr. Entsch. XX S. 257 ff.

unmittelbar wirthschaftlichen Zweck und daneben einen unmittelbar idealen Zweck verfolgen. Die einen wirthschaftlichen Zweck verfolgenden Personenverbindungen — der Name „Verein“ ist in Art. 108 vermieden — stehen theils unter dem bundesrechtlichen Genossenschafts- und Gesellschaftsrecht, — es sind dies die Handelsgesellschaften des Deutschen H.G.B. und die Genossenschaften —, theils unter dem kantonalen Recht, wie die „Allmendgenossenschaften u. dgl.“ Die der deutschen Gesetzessprache fremde Wendung „u. dergl.“ hat ihr Vorbild im Schweizer O.R. 719, wo auch von „Allmendgenossenschaft u. s. f.“ gesprochen wird. Die Volksthümlichkeit der Wendung entschädigt nicht für die mangelnde Präcision. Die Erläuterungen S. 90 erklären, dass Wald-, Weide-, Alp- und Brunnengenossenschaften gemeint sind, also die auf sachenrechtlicher Grundlage gebildeten und entwickelten Agrargenossenschaften oder Corporationen mit Theilrechten[83]), und sie motiviren die Streichung durch die Schwierigkeit der französischen Uebersetzung[84]), ein Grund, der nicht ganz zwingend erscheint. Denn einerseits giebt A. 105 des Vorentwurfs von 1896 ja drei dieser Genossenschaften in französischer Sprache wieder, andererseits hat die französische Rechtssprache die Fähigkeit bewiesen, Fremdworte fast unverändert (chèque, warrant, allmend) zu recipiren. Es wäre übrigens doch sehr wünschenswerth, die Rechtseinheit auch auf die Regelung dieser Corporationen auszudehnen. — Eine privatrechtliche Regelung derjenigen Körperschaften, die weder Ideal- noch Wirthschaftsvereine sind, fehlt ganz; A. 109 behält bezüglich ihrer („der öffentlich rechtlichen und kirchlichen Körperschaften“) das öffentliche Recht des Bundes und der Kantone vor. Schon Meili hat S. 57 ff. eine Reihe von Artikeln (79, 80, 81, 85, 95) zusammengestellt,

[83]) Zürcher Pr.G. § 22, vgl. Schneider, Comm. N. 4 zu S.O.R. 719; Meili S. 56; Huber I S. 165; Gierke, Pr.R. I S. 583, 612 ff.

[84]) Auch Erläut. S. 265 wird die Streichung der Unterscheidung von Beistand und Pfleger auf die Schwierigkeit der franz. Uebersetzung zurückgeführt.

die sehr wohl für alle Körperschaften, nicht nur für die Vereine gelten könnten.

6. Für die Gründung der idealen Vereine sanctionirt der Vorentwurf das Princip der vollsten Vereinsfreiheit. Es bedarf erfreulicherweise keiner Concession. Aber auch ein Registereintrag ist zur Entstehung nicht erforderlich; die Eintragung in das Handelsregister — der Name Handelsregister passt übrigens für die meisten dieser Vereine nicht — ist nicht einmal bei Ordnungsstrafe geboten, sondern steht im vollen Belieben dieser Vereine. In dieser Beziehung geht aber doch der Vorentwurf unseres Erachtens zu weit; es liegt im Interesse der Rechtssicherheit, ein äusseres Kennzeichen zu besitzen, das die mit Persönlichkeit ausgestatteten Vereine von den einfachen Gesellschaften abgrenzt. Dafür hat sich auch Meili S. 57 ausgesprochen, und wenn auch Rümelin S. 57 das System des Vorentwurfs für vollkommen ausreichend und zweckentsprechend erachtet, so muss doch auch er einräumen, dass der Registerzwang grössere Sicherheit über das Vorhandensein des körperlichen Willens bietet. Die Erläuterungen S. 82 vertrauen darauf, „dass die Vereine selber und aus eigenem Interesse die Eintragung erwirken werden, sobald sie im Verkehrsleben eine Stellung einnehmen, die es ihnen als rathsam erscheinen lässt, eingetragen zu sein;“ aber ideale Vereine und deren Vorstände sind in solchen Fragen, an die mitunter Kaufleute sich erst nach Androhung von Ordnungsstrafen erinnern, leicht vergesslich, und es giebt, in Deutschland wenigstens, doch Fälle genug, in denen die Verschweigung den Vereinsgenossen „rathsamer“ erscheint, als die Veröffentlichung [84a]). Man denke etwa auch noch an den Fall, dass ein Streichquartett sich ein Local zu seinen Uebungen gemiethet hat und den Ansprüchen des Wirths gegen die Einzelnen unter Vorlegung von Statuten mit der Thatsache entgegentritt,

---

[84a]) Vgl. Endemann I S. 203 N. 2 (Arbeiterfachvereine, Buchdruckervereine, Strikegenossenschaften u. a. m.).

dass das Quartett ein capitalloser Verein sei, dessen Mitglieder zu keinen oder nur zu höchst geringfügigen statutarischen Beiträgen verpflichtet wären. Ein solcher Fall scheint Rümelin selbst vorzuschweben. Das Interesse des Verkehrs, das die Erläuterungen S. 82 der Art des Vereinszwecks nachsetzen, sollte denn doch prävaliren; Publicität ist das unerlässliche Correlat des Ausschlusses persönlicher Haftung! Ein Einspruchsrecht nach Art des Deutschen (§ 63) ist dem Entwurf natürlich völlig fremd.

7. Der Beginn der juristischen Persönlichkeit ist in A. 78 Abs. 1 an die hinreichende Aeusserung des Willens, als eine Körperschaft bestehen zu wollen, geknüpft; diese Willensäusserung erfolgt nach Abs. 2 durch die Annahme schriftlich aufgesetzter Vereinsstatuten, die über Zweck, Mittel, Vereinsversammlung und Vorstand hinreichend Aufschluss geben. Das geschriebene Statut ist nicht nur eine der nützlichen Willensäusserungen, sondern die einzige und unerlässliche; wenigstens sagen die Erläuterungen S. 80: „Zu seiner Gründung bedarf es nur insofern der Schriftlichkeit, als der Gründungswille in einem schriftlichen Vereinsstatut Ausdruck erhalten haben muss“. Damit stimmt es freilich doch nicht ganz, wenn die Erläuterungen gleich darauf von „Formlosigkeit der Entstehung“ sprechen; Schriftlichkeit und Formlosigkeit sind doch Gegensätze und decken sich nicht; gemeint ist der Erlass der Publicitätsform (Erl. S. 60); Schriftlichkeit des Statuts ist übrigens im Bürgerlichen Gesetzbuch nur für die eingetragenen Vereine erfordert[85]). Ist die Auffassung der Erläuterungen von der obligatorischen Schriftlichkeit begründet, so könnten beide Absätze A. 78 zusammengezogen und dabei auch schlichter formulirt werden; denn die Wendung „Aeusserung des Willens, als eine Körperschaft bestehen zu wollen“, entspricht wenig der sonstigen Volksthümlichkeit der Sprache und gemahnt fast an das abstrakte

---

[85]) Vgl. Endemann S. 195 N. 4.

Juristendeutsch des deutschen ersten Entwurfs; auch ist „schriftlich abgefasst" schleppend oder missverständlicher als „geschrieben". A. 78 wäre hiernach etwa dahin zu fassen: „Vereine, die nicht hauptsächlich einen unmittelbar wirthschaftlichen Zweck verfolgen, erlangen die Persönlichkeit durch die Annahme geschriebener oder gedruckter Satzungen, die über den Vereinszweck, die Vereinsbeiträge, die Vereinsversammlung und den Vereinsvorstand Bestimmungen enthalten." Vereinsbeiträge scheint berechtigter, als das unbestimmte „seine Mittel", die doch mehr das ganz variable Vereinsvermögen andeuten. Wie nach § 58 Z. 1 Bürgerlichen Gesetzbuchs sollte übrigens auch über den Ein- und Austritt der Mitglieder eine Bestimmung im Statut nicht fehlen. — Die Eintragung „erfolgt unter Mittheilung der Statuten" (A. 79); das ist sprachlich nicht correct; die Mittheilung geht der Eintragung voran; die Anmeldung, nicht die Eintragung ist gemeint; statt blosser Mittheilung wäre, wie nach Bürgerlichem Gesetzbuch § 59, die Einreichung in Urschrift und Abschrift empfehlenswerth. — Eine Mindestzahl von Mitgliedern ist nicht erfordert (Erl. S. 86); die Siebenzahl (B.G.B. § 56) erscheint allerdings zu hoch, wie die Zweizahl der preussischen Gewerkschaft und der deutschen Gesellschaft mit beschränkter Haftung zu niedrig; der Vorentwurf sollte das nicht unbestrittene[86]) Gewohnheitsrecht, dass drei die Mindestzahl sind, anerkennen, eventuell aber eine andere Mindestzahl bestimmt vorschreiben.

8. Der Vereinsfreiheit sind nur die allgemeinen Schranken von Gesetz und Sitte gezogen. Vereine, die einen widerrechtlichen oder unsittlichen Zweck verfolgen, können niemals Persönlichkeit haben (A. 80). Da nun der unmittelbar folgende Art. 81 Vereine ohne Persönlichkeit den einfachen Gesellschaften gleichstellt, so ergiebt sich das gewiss nicht gewollte Resultat, dass Vereine zu unsittlichen Zwecken keine juristischen

---

[86]) Vgl. Gierke, Das Pr.R. I S. 484 N. 2.

Personen, aber Gesellschaften sind, während sie doch auch als solche nach S.O.R. A. 17 für nichtig zu erachten wären. Gegen die Fassung von A. 81 haben auch schon Meili S. 58 und Rümelin S. 58 ihre Bedenken geltend gemacht, letzterer zumal in Hinblick auf die in Art. 95 näher geregelte gerichtliche Auflösung der Vereine mit widerrechtlichen oder unsittlichen Zwecken. Scheiden die um des Zwecks willen nichtigen Vereine auch von den Gesellschaften aus, so bleiben für die Anwendbarkeit des A. 81 noch die Vereine mit ungeschriebener oder unvollständiger Satzung (vgl. Erl. S. 82); sie sind nicht geradezu für Gesellschaften erklärt, aber den einfachen Gesellschaften gleichgestellt; die passive Parteifähigkeit, die die R.C.P.O. § 50 den Vereinen ohne Rechtsfähigkeit zugesprochen, würde ihnen nach schweizerischem Recht nicht zustehen. Rümelin a. a. O. rühmt dem Vorentwurf nach, dass der missgeborene Zwitter der nicht rechtsfähigen Vereine mit allen seinen Schwierigkeiten und Controversen gänzlich in Wegfall komme; aber der Randtitel zu A. 81 nennt diese Gebilde doch eben auch „Vereine ohne Persönlichkeit"; der Text hat sie nicht geradezu für einfache Gesellschaften erklärt, sondern nur denselben „gleichgestellt", und bei der dispositiven Natur des Gesellschaftsrechts werden auch in der Schweiz die Versuche kaum ausbleiben, mit Hülfe eines ergänzenden oder angeblich gar derogatorischen Gewohnheitsrechts diese nackten Vereine, wie sie Endemann nennt[87]), über das Societätsrecht hinaus zu juristischen Personen oder zu einer vereinsähnlichen Zwitterform zu erheben. Dieser Eventualität hätte sich nur durch Streichung der Requisits des schriftlichen Statuts vorbeugen lassen; nur dann wäre die volle Freiheit der Vereinsbildung auf dem Boden des Privatrechts wirklich durchgeführt; da hätte es auch des A. 81 gar nicht bedurft. So weit geht aber der Vorentwurf nicht; er sieht auf der einen Seite von der Registrirung leider

---

[87]) Vgl. Endemann S. 203 N. 4.

ab und schädigt damit die Verkehrssicherheit, bleibt aber doch andererseits auf halbem Wege stehen, indem er durch die Forderung eines vollständigen schriftlichen Statuts die bloss thatsächliche „Documentirung des Constituirungswillens“ (Erl. S. 60) doch eben nicht für genügend erachtet, „um das Recht der Person zur Entstehung zu bringen“.

9. Die Organisation des Vereins ist in A. 82—86 etwas kurz geregelt. So manche wohlüberlegte Bestimmung des Bürgerlichen Gesetzbuchs hätte übernommen werden sollen. So fehlt insbesondere eine den §§ 25 u. 48 entsprechende Norm; denn dass alle Organisationsbestimmungen nur als dispositives Recht aufzufassen, ist zwar in den Erläuterungen S. 83 gesagt, aus dem Text aber nicht mit Sicherheit zu ersehen. Obligatorisch sind Vereinsversammlung und Vereinsvorstand. Die Versammlung ist das oberste beschlussfassende und auch beaufsichtigende Organ. Sie wird nur durch den Vorstand berufen. Wie nach Bürgerlichem Gesetzbuch ist $^1/_{10}$ der Mitglieder befugt, die Einberufung zu verlangen (A. 82, 2); warum der vorsichtige Absatz 2 des § 37 aber nicht nachgebildet wurde, ist nicht ersichtlich. A. 83, 2 schreibt der Versammlung das Entlassungsrecht bezüglich aller anderen Organe allgemein ohne Beschränkung auf triftige Gründe zu; Ansprüche aus bestehenden Verträgen sind generell vorbehalten, während Bürgerliches Gesetzbuch § 27 vorsichtigerweise nur den Anspruch auf vertragsmässige Vergütung aufrecht erhält. Art. 84 und 85 über Beschlussfassung und Stimmrecht entsprechen Bürgerlichem Gesetzbuch § 32. Dagegen fehlen Bestimmungen über Statutenänderungsbeschlüsse, soweit sie nicht den Zweck abändern, A. 91, und es fehlt auch das doch sehr wichtige Verbot, in eigenen Angelegenheiten mitzustimmen (B.G.B. § 34).

Ganz besonders lakonisch behandelt der Vorentwurf A. 86 den Vereinsvorstand. Er hat Vertretungsmacht und Geschäftsführung (Besorgung der Vereinsangelegenheiten), Beides „nach den Befugnissen, die die Statuten ihm einräumen“. Beschränkungen durch Beschlüsse der Vereinsversammlung scheinen

also allen Dritten gegenüber unwirksam, während Beschränkungen bei Prokuristen, Collectivgesellschaftern und Actiengesellschaftsvertretern nach S.O.R. 423, 561, 654 nur gutgläubigen Dritten gegenüber wirkungslos sind; die praktisch so höchst wichtige Frage sollte doch ausdrücklich entschieden werden! Ueber die Beschlüsse eines mehrgliedrigen Vorstands, seine Ergänzung und besondere Vertreter (B.G.B. §§ 28—30) fehlt jede Norm; in ersterer Beziehung hatte man anfänglich, wie im Bürgerlichen Gesetzbuch § 28 eine gleiche Vorschrift wie für die Vereinsversammlung vorgesehen, aber wieder beseitigt; die dafür in den Erläuterungen S. 83 angeführten Gründe sind nicht gerade zwingend.

10. Ein- und Austritt der Mitglieder ist in A. 87 entsprechend den §§ 38 und 39 Bürgerlichen Gesetzbuchs geregelt; nur ist das Maximum der statutarischen Kündigungsfrist statt auf 2 Jahre berechtigterweise [88]) auf ein halbes Jahr verkürzt. Auch fehlt es an einer dem zweiten Satz des § 38 entsprechenden Norm in A. 87, 3; hiernach wäre zwar die Mitgliedschaft selbst (absolut oder doch Mangels entgegenstehender statutarischer Vorschrift) unübertragbar, dagegen könnte immerhin die Ausübung der Mitgliedschaftsrechte, besonders des Stimmrechts, einem Anderen überlassen werden; das würde aber, wie bei der zweiten Berathung des deutschen Entwurfs mit Recht betont worden, der Natur der Idealvereine widersprechen und bei der Möglichkeit der Vertretung durch Mitglieder „erfahrungsgemäss“ nicht selten dazu führen, dass die Entscheidung in die Hand eines Einzelnen gelegt ist, der sich eine Reihe von Vollmachten nicht erschienener Mitglieder zu verschaffen gewusst hat, ein Vorkommniss, zu dem das Gesetz nicht eine Handhabe bieten darf [89]). — A. 88, 2 constatirt eine gleichmässige Beitragspflicht aller Mitglieder nach Bedarf bezüglich der „zur Verfolgung der Vereinszwecke und zur Deckung

[88]) Vgl. Endemann S. 200 N. 5; Leist, Vereinsherrschaft S. 12.
[89]) Komm. Protokoll S. 1074; Haidlen S. 60.

der Vereinsschulden nöthigen Beiträge"; diese Beitragspflicht, die natürlich keine Haftung für die Vereinsschulden ist, besteht „so lange es an einer Festsetzung der Beiträge durch die Statuten fehlt". Hier drängt sich die Frage auf, ob diese Pflicht auch dann besteht, wenn die Statuten ausdrücklich jede Beitragspflicht verneinen; nach Bürgerlichem Gesetzbuch § 58 Z. 2 ist dies statthaft, ohne dass dadurch oder in Ermangelung einer solchen Bestimmung die Mitglieder Beiträge schulden [90]); nach A. 88, 1 und den Erläuterungen S. 84 scheint dasselbe gemeint, da letztere den Satz für gerechtfertigt erachten, dass kein Mitglied mehr zu leisten habe, als die Statuten vorschreiben.

Abweichend vom deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch, das nur ein statutarisches [91]) Ausschliessungsrecht kennt, giebt A. 89 dem Verein ein gesetzliches Recht, aus wichtigen Gründen durch Vereinsbeschluss Mitglieder auszuschliessen. Eine auch nur exemplificative Hervorhebung einzelner wichtiger Gründe fehlt ebenso, wie ein Erforderniss qualificirter Majorität. Statutarische Ausschliessung kann sogar ohne Angabe eines Grundes erfolgen; als Cautel gegen Vergewaltigung (Erl. S. 85) giebt A. 89, 2 dem Ausgeschlossenen in jedem Falle die Anfechtungsklage binnen Monatsfrist. Es sollte aber doch wohl auch die statutarische Ausschliessung auf den Fall des wichtigen Grundes beschränkt und auch nicht der einfachen Majorität überlassen werden. Die Erläuterungen meinen zwar, dass wer einem Verein mit einer solchen statutarischen Bestimmung beitritt, sich nicht beklagen darf, wenn er später davon betroffen wird; aber gerade in solchen Fällen gilt das summum jus summa injuria. Wie selten werden bei den idealen Vereinen die Statuten vor dem Beitritt gelesen, namentlich wenn der Beitritt auf Anwerbung erfolgt und mehr als sociales Pflichtgebot, als aus Neigung erfolgt; wie leicht lässt Jahre

---

[90]) Hölder, Komm. S. 173.

[91]) Crome S. 250 N. 7; Cosack I S. 108; Endemann S. 200 N. 4.

nach der Aufnahme eine Zufallsmajorität durch einen geschickten Vorstand sich ausnützen, um einem politischen oder persönlichen Gegner den Tort der Ausstossung anzuthun, zumal wenn der Verein nicht einmal zur Angabe eines Grundes verpflichtet ist. Die Stellung ausgeschiedener Mitglieder ist durch A. 90 im Sinn der herrschenden Lehre sachgemäss geregelt.

11. Eine werthvolle Bestimmung ist es, dass die Anfechtungsklage gegen Beschlüsse, die den Vereinszweck überschreiten oder abändern, jedem Mitglied gewährt ist. Der Vorentwurf hätte in dieser Richtung wohl noch weiter gehen und das Anfechtungsrecht jedem Mitglied nach dem Vorbild der Actiengesellschaft gegen alle gesetz- oder statutenwidrigen Beschlüsse der Vereinsversammlung zugestehen können. Das ist freilich auch im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht ausdrücklich ausgesprochen und daher streitig; für das Anfechtungsrecht Cosack S. 101 und Rehbein S. 48, dagegen Crome S. 247. Vom gesetzgeberischen Standpunkt scheint es aber im Civil- wie Handelsrecht gleich wünschenswerth, die Aufrechterhaltung von Gesetz und Satzung zu fördern, und würde auch eine allgemeine Popularklage zu weit gehen, so ist das Interesse eines jeden Mitglieds an der Rechtswahrung im Vereinsleben gross genug, um ihm die Anfechtungsklage anzuvertrauen; gegen Missbrauch des Rechts schützt die Kostenlast und das im Vorentwurf freilich leider noch fehlende allgemeine Chikaneverbot; in dieser Frage vermögen wir in den anderwärts wohl begründeten Crome'schen Warnungsruf der Commercialisirung des bürgerlichen Rechts nicht einzustimmen.

12. Ausser den beiden Anfechtungsklagen der A. 90 und 91 (gegen Ausstossung und Abänderung des Vereinszwecks) giebt der Vorentwurf in A. 92 noch ein drittes Anfechtungsrecht und zwar gegen Vereinsbeschlüsse, durch welche ein Mitglied „in einem ihm nach Gesetz oder Statut zustehenden Mitgliedschaftsrecht ohne seine Zustimmung beeinträchtigt“ wird. Dieser Artikel unterscheidet sich vom Bürgerlichen Gesetzbuch § 35 trotz allen Anklangs doch in der Art der geschützten

Rechte; das deutsche Gesetzbuch schützt nur die „Sonderrechte", der Vorentwurf die gesetzlichen und statutarischen „Mitgliedsrechte"; der deutsche vielumstrittene Begriff ist der engere. Was jedem Mitglied zusteht, ist kein Sonderrecht; Sonderrechte sind nur die durch Mitgliedschaft bedingten Vorrechte, die einzelnen bestimmten Mitgliedern vor den anderen Mitgliedern gebühren. Auch die Erläuterungen S. 85 definiren die Mitgliedschaftsrechte als „die Rechte, die dem Mitglied als solchem zustehen, sei es gleichmässig allen oder einzelnen in einem besonderen Sinne [92]). Diese Ausdehnung des Schutzes der Mitgliedschaftsrechte geht zu weit; sie gefährdet das gesetzliche Majoritätsprincip des Art. 85, ja auch das statutarische, da man mit Rümelin S. 58 die Norm des Art. 92 als jus cogens aufzufassen hat. Man setze etwa den Fall, dass die überwältigende Majorität der Lesegesellschaft die Stundenzahl, für welche nach dem Statut der Besuch des Lesezimmers allen Mitgliedern freisteht, um eine Stunde für sämmtliche Mitglieder reduciren will; nach dem Wortlaut des Art. 92 und den Erläuterungen könnte ein einzelnes dissentirendes Mitglied diesen Beschluss anfechten, denn es ist ein Recht, das gleichmässig allen Mitgliedern zustand, vernichtet worden. Uebrigens besteht die auffallende Divergenz, dass der Randtitel von Schutz der Sonderrechte, der Text von den Mitgliedschaftsrechten spricht; damit ist der Controverse freier Spielraum geschaffen. — Dass die einem Mitgliede „als Drittperson" zustehenden Rechte, die auf besonderen Titeln z. B. Darlehen, Miethe beruhen, nicht dem Vereinsbeschluss unterliegen, ist in den Erläuterungen S. 85 mit Recht für selbstverständlich erklärt worden, und auch das Bürgerliche Gesetzbuch hat es für überflüssig erachtet, dies noch besonders

---

[92]) Gierke, D.Pr.R. S. 536; Crome S. 248 N. 48 u. S. 250 N. 7; Endemann S. 202 N. 14; Cosack S. 108; Hölder, Comm. S. 152; Zitelmann S. 65; Meili S. 58 N. 2; Entsch. des Reichsgerichts vom 30. Oktober 1901.

festzustellen. Insofern dürfte sich ein von Meili S. 58 geltend gemachtes Bedenken wohl erledigen.

13. Was endlich die Vereinsauflösung anbetrifft, so gelten nach A. 93—95 als Auflösungsgründe: Vereinsbeschluss, für den das Gesetz keine qualificirte Majorität (entgegen Bürgerlichem Gesetzbuch § 41) verlangt, Conkurseröffnung, Unmöglichkeit der Vorstandsbestellung und Gerichtsurtheil. Ein dem § 42 Abs. 2 resp. S.O.R. 657 und 704 entsprechende Anzeigepflicht des Vorstands bei Ueberschuldung ist nicht für geboten erachtet worden, da es sich um Gebilde mit idealen Zwecken handle (Erl. S. 86), eine Argumentation, die wiederum das Verkehrsinteresse bedenklich dem Zweck nachsetzt: dem Hausbesitzer, der sich mit seinem Miethsanspruch dem insolventen Verein gegenüber sieht, wird es wenig einleuchten, dass er die reichen Vorstandsmitglieder für den aus Verzögerung des Conkursantrags entstandenen Schaden deshalb nicht haftbar machen kann, weil es sich um einen Verein mit idealem und nicht mit wirthschaftlichem Zweck gehandelt hat. — Die Auflösung durch Gerichtsurtheil hat Verfolgung eines widerrechtlichen oder unsittlichen Zwecks zur Voraussetzung; es genügt also zur Auflösung nicht, wie nach Bürgerlichem Gesetzbuch, Verfolgung eines satzungswidrigen Zwecks oder Gefährdung des Gemeinwohls durch Gesetzwidrigkeit. Die Furcht vor extensiver Interpretation des elastischen Begriffs Gefährdung des Gemeinwohls hat zur Ablehnung der intendirten Ausdehnung geführt (vgl. Erl. S. 87). Das Klagerecht ist nicht nur der zuständigen Behörde, sondern, was nur zu begrüssen, jedem Interessenten (Mitglied, Gläubiger, Conkurrenten) gewährt. — A. 96 legt bei eingetragenen Vereinen dem Vorstand oder Richter die Pflicht auf, Zwecks Löschung Mittheilung von der Auflösung zum Register zu machen; man wird aber wohl auch dem Registerführer die Befugniss ertheilen müssen, eingetragene Vereine, falls der Vorstand nicht mehr statutenmässig bestellt werden kann (A. 94), von Amtswegen zu löschen.

14. Der dritte Abschnitt beschäftigt sich in 11 Artikeln mit

den Stiftungen. Der Vorentwurf Art. 97 und 109, Erl. S. 87 identificirt die Stiftung mit der privatrechtlichen Anstalt, kennt also im Gegensatz zum Bürgerlichen Gesetzbuch die öffentliche Stiftung überhaupt nicht. Gegen die Verwendung des Wortes „Anstalt“ sind schon oben S. 454 Bedenken geltend gemacht worden; es widerspricht auch sicher dem Sprachgebrauch, eine Summe baaren Geldes oder Werthpapiere als eine „Anstalt“ zu bezeichnen, und doch kann eine selbständige Stiftung, z. B. eine Krankenkasse an einer Universität [93]) oder eine Familienstiftung sehr wohl in nichts anderem als in Geld oder Werthpapieren bestehen. (Vgl. auch A. 362, 512 u. 556 a. E.) A. 97 beginnt nichts desto weniger mit den Worten: „Die Errichtung einer Stiftung „als privatrechtlicher Anstalt“: die letzteren drei Worte erscheinen uns doktrinär und überflüssig; der Sinn würde in keiner Weise gestört werden, wenn sie ganz fehlten oder wenn es hiesse: die Errichtung einer privatrechtlichen Stiftung.

Bezüglich der Errichtung unterscheidet der Vorentwurf nach dem Zweck: die Stiftungen zu öffentlichem Zweck bedürfen der Concession (Genehmigung der zuständigen Behörde A. 98), die übrigen nicht; für die Stiftung zu privatem Zweck genügt vielmehr die „Widmung eines Vermögens zu einem eigenen, erlaubten Zweck“ A. 97, 1. Das Wort „Widmung“ bedeutet nicht die thatsächliche Vermögensübertragung, sondern die öffentliche Erklärung, übereignen zu wollen. Nach A. 97, 2 erfolgt die Errichtung „bei Lebzeiten des Erblassers“ (korrekter wohl: des Stifters) durch öffentliche Beurkundung, mortis causa in der Form der öffentlichen letztwilligen Verfügung. Oeffentlichkeit bedeutet Errichtung durch resp. vor Notar oder eine mit publica fides ausgerüstete Amtsstelle (Erl. S. 87 und Art. 51). Durch das Erforderniss der Oeffentlichkeit für Beurkundung und letzten Willen geht der Vorentwurf über §§ 81 und 83 Bürgerlichen Gesetzbuchs hinaus, das

---

[93]) Endemann S. 208 N. 5.

(allerdings mit Rücksicht auf die Staatsgenehmigung) mit der einfachen Schriftform sich begnügt[94]); mindestens für Stiftungen zu öffentlichen Zwecken sollte das Requisit der Oeffentlichkeit wegfallen[95]). Für das Erforderniss der Concession bezüglich aller Stiftungen, auch der zu Privatzwecken ist neuerdings Rümelin S. 59 lebhaft eingetreten, um sinnlosen, läppischen Verfügungen die Rechtskraft vorzuenthalten und die Staatsaufsicht nicht gewähren zu müssen. Gegenüber diesem Argument berufen sich die Erläuterungen S. 87 auf das geltende schweizerische Recht; auch sei durch die Beschränkung der todten Hand (A. 72) der Behörde die Möglichkeit gegeben, irgendwie erhebliche Vermögenszuwendungen zu sinnlosen Zwecken abzuwehren. Es dürfte sich aber empfehlen, die Anwendbarkeit des A. 72 auch auf Widmungen, durch welche eine Stiftung ins Leben gerufen werden soll, nicht nur mit Rümelin der Interpretation zu überlassen, sondern ausdrücklich im Gesetz auszusprechen. Wie die Vermögensübertragung erfolgt, ist nicht ausdrücklich gesagt, und der Wunsch Rümelins S. 60, eine dem § 82 Bürgerlichen Gesetzbuchs analoge Norm aufzunehmen, durchaus berechtigt.

Der Widerruf steht bei Stiftungen zu öffentlichen Zwecken dem Stifter bis zur Genehmigung zu; wem gegenüber dieser Widerruf zu erklären ist, ist nicht gesagt. Bei einer Stiftung zu Privatzwecken ist ein Widerruf überhaupt nicht gewährt; mit der Beurkundung ist sonach der Stifter gebunden. Die weise Vorschrift des § 83 Bürgerlichen Gesetzbuchs hat leider keine Aufnahme gefunden, so dass Stiftungen zu öffentlichen Zwecken der ihnen zugedachten Zuwendungen Mangels Einholung der Genehmigung möglicherweise nicht theilhaft werden. Ebenso fehlt eine dem § 84 analoge Norm, die Streitigkeiten, wie dem Städel'schen Erbfall vorbeugt und den

---

[94]) Vgl. Hölder, Comm. S. 190.

[95]) Gegen die Nothwendigkeit des öffentlichen Testaments vgl. auch Meili S. 59.

in Art. 29 ausgesprochenen Satz vom nasciturus auf die juristische Person überträgt[96]). A. 99 giebt den Erben oder Gläubigern des Stifters das Recht, die Stiftung gleich einer Schenkung anzufechten; gegen diese allgemeine Fassung hat Meili S. 59 mit Recht sich gewendet.

Die Organisation der Stiftung folgt der Stiftungsurkunde oder einem formellen besonderen Stiftungsstatut, eventuell der Verfügung der Aufsichtsbehörde, die die Lücken amtlich auszufüllen hat. Können solche nöthige Anordnungen „nicht zweckdienlich getroffen werden, so ist das Vermögen, sofern der Stifter keinen Einspruch erhebt oder die Stiftungsurkunde nicht entgegensteht, einer anderen Stiftung mit möglichst entsprechendem Zweck zuzuwenden“ A. 101. Das ist eine verdienstvolle Neuerung; die Exemplification der Erläuterungen S. 88 (Stiftung eines Krankenhauses mit ungenügenden Mitteln, daher Verwendung zur Gründung von Freibetten in einem schon bestehenden Spital) ist überzeugend.

Die Aufsicht ist in den A. 102 und 103 geregelt; man darf diese Artikel gern begrüssen, obschon sie in einem Civilgesetzbuch eigentlich nicht ihren richtigen Platz haben. Die Aufsicht ist demjenigen Gemeinwesen anvertraut, dem die Stiftung nach ihrer Bestimmung angehört; die Bedenken gegen die letztere Wendung sind schon zu A. 76 (S. 460) geltend gemacht; welchem Gemeinwesen würde etwa eine Stiftung zu Gunsten der Wittwen und Waisen französischer Staatsangehöriger in der romanischen Schweiz „angehören“, deren Verwaltung in Bern geführt' wird? Die Erläuterungen S. 89 gewähren wegen Missbrauch des Stiftungsvermögens und Zweckverletzung Jedermann, der hieran ein Interesse hat, die Möglichkeit der Anfechtungsklage; dieser wichtige Satz fehlt aber im Text.

Neben dem Aufsichtsrecht giebt der Vorentwurf den politischen Behörden auch eine über § 87 Bürgerlichen Gesetz-

---

[96]) Vgl. Crome S. 266 N. 10; Endemann S. 212 N. 22.

buchs noch hinausgehende Umwandlungsbefugniss und zwar sowohl bezüglich der Organisation, sofern „die Erhaltung des Vermögens oder die Wahrung des Zwecks der Stiftung die Abänderung dringend erheischt“ (A. 104), als auch bezüglich des Zwecks, sofern „der ursprüngliche Zweck im Lauf der Zeit eine ganz andere Bedeutung oder Wirkung erhalten hat und damit dem Willen des Stifters offenbar[97]) entfremdet worden ist“ (A. 105). Dieses sind vortreffliche Neuerungen, denen das Einführungsgesetz auch für bestehende Stiftungen Wirksamkeit ausdrücklich zusprechen sollte. Treffende Beispiele von Stiftungen, deren Zweck zwar nicht unerreichbar (A. 106), aber unpraktisch geworden, geben die Erläuterungen S. 60 u. 89; andere Beispiele bei Endemann S. 217 N. 18 und Meili S. 60 N. 1[98]).

Aufhebungsgründe sind die Unerreichbarkeit des Zwecks[99]), — sie wirkt von Gesetzes wegen, — und Gerichtsurtheil auf quasipopuläre Klage, wenn die Zweckverfolgung widerrechtlich oder unsittlich geworden ist (A. 106 u. 107)[100]).

---

[97]) Das Wort „offenbar“ scheint entweder überflüssig oder, falls es wörtlich genommen wird, zu beengend.

[98]) Stiftung zur Erhaltung von Steinböcken! — Vgl. auch den englischen Roman „The warden“ von Anthony Trollope, 1855.

[99]) Darunter braucht der Fall des Konkurses nicht immer nothwendiger Weise zu fallen. Für die Vereine ist der Konkurs nach A. 94 stets Beendigungsgrund; nach B.G.B. §§ 86 u. 42 ist er es sowohl für Vereine, als auch für Stiftungen.

[100]) Ueber die nicht als Vereine oder Stiftungen anzusehenden „übrigen Körperschaften und Anstalten“ (A. 108 u. 109) vgl. oben S. 455 u. 461.

(Fortsetzung folgt.)

Literarische Anzeigen.

Schurtz, Heinrich, Urgeschichte der Cultur (1900). 658 S.

Das Werk bietet eine volksthümliche reichhaltige Vorführung des gewaltigen Stoffes, den die Culturgeschichte, und mit ihr die Rechtsgeschichte, für die sogen. vorgeschichtliche Zeit, — für die Zeit, die verstrichen ist, ehe die gewöhnliche bisherige Geschichtsschreibung anhebt, — in der mächtigen Arbeit der letzten Jahrzehnte herbeigeschafft hat. Darin besteht das Verdienst des Buches, und dieses ist nicht gering anzuschlagen, namentlich wenn man bedenkt, wie so viele der Gebildeten von diesen neuen Geisteserrungenschaften kaum eine blasse Ahnung haben, als ob die Menschheit erst von dem Augenblick an ihre Culturarbeit begonnen hätte, als die Schlachten bei Marathon und Salamis geschlagen wurden.

Die Darstellung des Werkes ist klar und durchsichtig und wird durch eine grosse Anzahl Bilder belebt und verdeutlicht. Allerdings verliert unter dieser volksthümlichen Diction einigermassen die Schärfe und Gedrungenheit; wir bekommen mehr eine Fülle getrennter Bilder, als einen Begriff der Gesammtcultur. Auch in einzelnen Punkten lässt es der Verfasser mehrfach an der richtigen Kritik fehlen, wenn er z. B. das unmethodische Buch Westermarck's als Instanz anführt; denn der wahre Forscher sollte sich durch die Menge eines methodelos zusammengetragenen Stoffes nicht verblüffen lassen. Die Lehre von den totemistischen Urzeiten mit der Gruppenehe ist weit über die Anfechtungen Westermarck's erhaben, und auch die verfehlten Einwände von Steinmetz vermögen sie nicht zu erschüttern. Jeder weitere Schritt, den wir in die Urzeiten der Cultur zu machen vermögen, erweist sie uns von Neuem. Kaum wäre zu erwarten gewesen, dass sie auch bei

den Bantus ihre Bestätigung fände; da werfen die Mittheilungen Junod's auf einmal ein neues Licht auf die Urentwickelung des Banturechtes!

Zutreffend ist, dass neben diese totemistische Urgemeinschaft eine zweite genossenschaftliche Bildung tritt, die Genossenschaft des Männerhauses; diese war aber keine aus rationellem Gesellschaftstrieb allein hervorgegangene Culturbildung; sie hängt offensichtlich zusammen mit der Jünglingsweihe: die geweihten Jünglinge bekommen eine neue Seele, sie werden durch die gemeinsame Wiedergeburt einander verwandt. Auf solche Weise entsteht das neue Verwandtschaftsband neben dem alten.

Und diese Männergemeinschaft mit ihren kühnen Unternehmungen und Excursionen in fremde Gebiete hinein hat mehr als alles andere zur Entstehung des Häuptlingswesens beigetragen, das die totemistische Gemeinschaft gesprengt und eine neue Culturperiode angebahnt hat.

Auch in der Darstellung des Processes möchte ich manches beifügen und manche Verbindungen und Vermittelungen aufweisen; so was das Verhältniss der Gottesprobe zum Gottesurtheil und das Verhältniss des Gottesurtheils zum Eid, was ferner das Häuptlingsthum und seine Einwirkung auf Process- und Strafrecht betrifft.

Doch soll damit gegen die Tüchtigkeit und die volksthümlich belehrende Kraft des Werkes nichts eingewendet werden. Möge es dazu dienen, in den verschiedenen Wissenschaften, namentlich auch in den Geisteswissenschaften, eine Erweiterung der Anschauung herbei zu führen. Wie die verschiedensten Probleme unseres Staatslebens: unbeschränkte Monarchie, beschränkte Monarchie, Theilung der Gewalten, wie selbst die Probleme des Völkerrechts tief in die Urzeiten unseres Geschlechts zurückgreifen und sich bereits bei den sogen. Naturvölkern finden, so treten hier auch bereits die Gesetze der Poetik hervor: bei den einen Völkern finden wir den Stabreim, bei den anderen den Endreim, überall eine bestimmte Art rhythmischer Gliederung; häufig den Parallelismus der Sprache, noch dadurch ausgeprägt, dass beim Vortrag zwei Redner auftreten und ein jeder die eine Seite des Parallelismus zum Ausdruck bringt. Ebenso ist es für die Geschichte des menschlichen Geistes hochbedeutsam, auch für die Geschichte des Rechts, dass der Zahlbegriff zuerst durch die Zertheilung entstanden ist, nicht durch die Zusammenzählung — sehr

begreiflich, denn die für die Zählung nöthige Gleichartigkeit der Wesen wird den Völkern zuerst klar, wenn man ein gleichartiges Ganze in zwei Theile theilt.

Alle Wissenschaft geht auf Beobachtung zurück, und wohl uns, dass wir noch im Stande sind, beobachtend in die Urzeit des menschlichen Geschlechts zurück zu blicken und die Menschheit in den Anfängen ihrer Culturbildung zu belauschen.

Kohler.

Wulff, C., Oberstaatsanwalt am kgl. Oberlandesgericht in Marienwerder: Die Gefängnisse der Justizverwaltung in Preussen, ihre Einrichtung und Verwaltung. Zweite vollständig umgearbeitete Auflage. Hamburg (Verlagsanstalt und Druckerei-Actiengesellschaft) 1900. 656 S. mit 198 S. Anhang. Brosch. Mk. 16.—, geb. Mk. 18.50.

Diese zweite, auf Grund der Gefängnissordnung vom 21. December und der Ausführungsverordnung vom 27. December 1898 umgearbeitete Auflage wird vorab ein unentbehrlicher Rathgeber für alle Beamten der vom Justizministerium ressortirenden Gefängnissverwaltungen Preussens sein. Giebt es doch das gesammte Material der Gesetze, Verordnungen, Rescripte und Dienstvorschriften in systematisch-übersichtlicher Darstellung. Dass ein solches Werk, das uns einen Einblick in die kleinsten Einzelheiten eines so mannigfaltigen und dabei wohlgeordneten Dienstes bietet, nicht nur für Gefängnissbeamte auch anderer Staaten ein hohes Interesse in sich birgt, sondern auch der Theorie ein reiches Material zur Verfügung stellt, ist selbstverständlich und wird dem Buche die Aufnahme in alle Fachbibliotheken sichern. **Zürcher.**

Leggemann, Carl, Staatsanwaltschaftsrath in Düsseldorf: Lombroso's Theorie vom „geborenen Verbrecher", die „positive Strafrechtsschule" und der Einfluss beider auf die Strafrechtspflege. (Sonderabdruck aus dem 71. Jahresbericht der Rheinisch-Westfälischen Gefängnissgesellschaft), 72 Seiten. Düsseldorf, in Commission bei L. Voss, 1899.

Eine vortreffliche kleine Schrift, die knapp und klar die Theorie Lombroso's darstellt, dann die sie bekämpfende Kritik wiedergiebt

und endlich die wesentlichsten Postulate der neuen Criminalpolitik bespricht und in vorzüglicher Weise begründet. **Zürcher.**

Helmolt, Hans F., Weltgeschichte. Herausgegeben unter Mitarbeit von 30 Gelehrten. Bd. 1, 4 und 7, Leipzig und Wien, Bibliograph. Institut 1899, 1900.

Eine Weltgeschichte, die unstreitig einen neuen Typ darstellt. Nicht in der bisher üblichen Weise, d. h. chronologisch und entwickelungsgeschichtlich, ist der Stoff geordnet, sondern nach „Völkerkreisen“, wobei die geographisch-ethnographische Eintheilung von Fr. Ratzel benutzt ist. Den Beginn macht die Geschichte von Amerika, die bis zur Gegenwart geführt ist, und dann soll in sieben anderen Bänden die Geschichte der Völkergruppen von Osten nach Westen, über Asien nach Westeuropa behandelt werden. Wie der Stoff im Einzelnen gegliedert ist, mag der 4. Band zeigen, dessen Capitel folgende sind: Der innere geschichtliche Zusammenhang der Mittelmeervölker (ein Ueberblick von den ältesten Zeiten bis zur Renaissance); die alten Völker am Schwarzen Meer und am östlichen Mittelmeere (Kleinasien bis Mithradates; Skythen und Sarmaten; die Urvölker des Rumpfes der Balkanhalbinsel, besonders Makedonien bis 146; das Reich der Seleukiden und das griechisch-baktrische Reich); die Entstehung des Christenthums und seine östliche Entfaltung (bis in's 4. Jahrh. n. Chr. und später); Nordafrika (ohne Aegypten, aber Algier und Marokko bis zur Gegenwart); Griechenland (bis Alexander den Gr.); die Urvölker der Apenninenhalbinsel; Italien und die römische Weltherrschaft (bis zum 6. Jahrh. n. Chr.); die Pyrenäische Halbinsel (bis 1898). Die Disposition eines Buches wird, wenn sie gut ist, allemal etwas von einem Kunstwerke haben, und deshalb bei demselben Gegenstande je nach dem Autor verschieden sein; immer aber muss sie aus der Beschaffenheit des Stoffes hervorgehen. Hier jedoch ist der Geschichte ein Eintheilungsprincip aufgenöthigt, das einer fremden Wissenschaft entlehnt ist, in Folge dessen die Aufgabe, welche in aller Geschichtsschreibung die erste ist, die Entwickelung darzustellen, nur ganz ungenügend gelöst werden konnte. Das Zusammengehörige ist auseinandergerissen und die Wirkung nicht selten vor der Ursache erzählt.

Neu ist ferner, dass der Bedeutung des Meeres eine grössere Aufmerksamkeit geschenkt werden soll; doch ist das bis jetzt mehr

in der Weise zur Ausführung gebracht, dass zusammenfassende Abschnitte eingeschoben sind, als dass der Einfluss des Meeres auf die Völkerschicksale durch die Darstellung der Begebenheiten anschaulich gemacht wäre. Immerhin ist in diesem Punkte ein Fortschritt anzuerkennen. Neu ist weiter das Bestreben, die Prähistorie und die Ergebnisse der anthropologisch-ethnographischen Forschung in die Geschichte einzufügen, worin ich ebenfalls einen Fortschritt erblicke, wenn sich auch über den Raum, der dieser Materie zugestanden ist, sehr streiten lässt. Nicht viele werden billigen, dass auf die Geschichte von Amerika vor der Entdeckung 170 Seiten, dagegen auf die Geschichte Frankreichs von 1610—60, also die Zeit von Richelieu und Mazarin, noch nicht 3 Seiten kommen, die überdies wenig taugen.

Der vergleichenden Rechtswissenschaft wird eine Weltgeschichte, welche die historischen Zusammenhänge aufdeckt und zeigt, wie sich die Völker wechselseitig gefördert, abgelenkt und gehemmt haben, und wie Sitte und Anschauung, Recht und Verfassung stets durch eine Masse von höchst verschiedenartigen, zeitlich und räumlich oft weit aus einander liegenden Factoren bestimmt sind, ein schätzbares Hülfsmittel sein. Das vorliegende Werk hat darin weniger geleistet als seine Vorgänger, in Folge seines seltsamen Aufbaues und der starken Zersplitterung des Stoffes in monographische Artikel. Hingegen wird dem, der sich mit vergleichender Rechtsgeschichte befasst, die weitgehende Berücksichtigung der Urzustände und der Ethnographie willkommen sein. Auch sonst wird er manche Abschnitte mit Vergnügen und Belehrung lesen, wie die einleitenden Capitel: Grundbegriffe einer Entwickelungsgeschichte der Menschheit (J. Kohler), die Menschheit als Lebenserscheinung der Erde (Fr. Ratzel), die Vorgeschichte der Menschheit (J. Ranke) u. A. m.

Der Werth der gelieferten Arbeiten ist ein recht ungleicher. Die neue Weltgeschichte wird sich durch das Gute, das sie bringt, und durch ihre Eigenart neben den früheren behaupten, sie aber gewiss nicht verdrängen [1]).

Kiel. **C. Rodenberg.**

---

[1]) Dies das Urtheil des Berichterstatters, das hier gerne aufgenommen wird, wenn ich auch, als Mitarbeiter des grossen Werkes, in der Beurtheilung des Aufbaues und der wissenschaftlichen Stellung desselben wesentlich anderer Ansicht bin. Kohler.





K 30 .E75 v.15 IMS
Zeitschrift fur
vergleichende Rechtswissensc

PONTIFICAL INSTITUTE
OF MEDIAEVAL STUDIES
59 QUEEN'S PARK
TORONTO 5 CANADA

